



HAL
open science

Le principe de participation des travailleurs : quelle dynamique ?

Angélique Bonhomme

► **To cite this version:**

Angélique Bonhomme. Le principe de participation des travailleurs : quelle dynamique ?. Droit. 2019. dumas-03365748

HAL Id: dumas-03365748

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03365748>

Submitted on 11 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**UNIVERSITÉ
DE REIMS
CHAMPAGNE-ARDENNE**

Université de Reims Champagne-Ardenne

UFR de Droit et de Science politique

Master 2 de Droit - Droit du contrat de travail

LE PRINCIPE DE PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS : QUELLE DYNAMIQUE ?

Mémoire de Angélique BONHOMME

Sous la direction du Professeur Fabrice ROSA

Année 2018-2019

Remerciements

Je tiens particulièrement à remercier Monsieur le professeur Fabrice ROSA pour la confiance qu'il m'a accordé en me laissant choisir ce sujet et en me guidant dans ma réflexion. Je lui suis également reconnaissante pour m'avoir aidée à clarifier mon raisonnement lors de l'élaboration du plan de ce mémoire.

Mes plus sincères remerciements vont également à Madame Céline TILLOY qui a été présente tout au long de l'année. Je la remercie tout particulièrement pour sa bienveillance et ses conseils avisés qui m'ont permis d'affermir mon intérêt pour le droit social.

Je suis reconnaissante envers mon entourage pour le soutien qu'il m'a apporté.

Enfin, je tiens à remercier mes relecteurs.

Sommaire

Remerciements	2
Sommaire	3
Introduction	4
PARTIE I - Une consécration apparente du principe de participation des travailleurs	18
Chapitre I - Un essor timide du principe porté par un double acteur	18
Chapitre II - Une expansion matérielle et personnelle du principe de participation	29
PARTIE II - Une réalisation artificielle du principe de participation des travailleurs	43
Chapitre I - La contraction du principe de participation par les réformes récentes	43
Chapitre II – La paralysie du principe de participation dans un contexte social stérile	56
Conclusion	66
Index	68
Bibliographie	70
Table des matières	77

Introduction

1. L'existence d'une démocratie sociale constitue la condition intrinsèque de la mise en œuvre d'un dialogue social. Le premier article de la Constitution du 4 octobre 1958 marque l'importance de ces principes en disposant que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. » La démocratie sociale est ainsi assurée et proclamée par notre Constitution ce qui lui confère une valeur constitutionnelle. La démocratie sociale implique que les pouvoirs publics prennent en compte le point de vue des partenaires sociaux et qu'un véritable dialogue s'installe afin qu'une concertation et une détermination collective des normes applicables aient lieu. En droit du travail, cette application est incarnée par le principe de participation des travailleurs.

2. Une analyse sémantique permet de mettre en lumière les différents aspects que recouvrent le sujet. Un principe est le plus souvent, une règle de droit certaine, qui par son ancienneté, la valeur qu'elle exprime et l'étendue de son domaine d'application, est fondamentale¹. En droit français, la valeur accordée aux principes varie en fonction de leur source. On distingue notamment les principes qui ont une valeur constitutionnelle², ceux à valeur simplement législative et les principes généraux du droit. La participation, s'entend juridiquement comme le principe d'aménagement du fonctionnement des institutions politiques et administratives ainsi que de la gestion des entreprises privées, et qui consiste à associer au processus de prise de décision les intéressés (citoyens, administrés, salariés) ou leurs représentants³. Le principe de participation trouve des traductions dans plusieurs domaines. Il s'apparente, néanmoins, dans tous ces domaines, aux modalités et moyens différents permettant de mettre en œuvre une association à la décision. Cette multiplicité de pratiques rend la définition et la détermination du principe de participation plus délicate. Dans chaque domaine

¹ M. DE VILLIERS et A. LE DIVELLEC, Dictionnaire du droit constitutionnel, 11^e Ed. Coll Dictionnaires Sirey, 2017

² Lesquels regroupent les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps et les principes à valeur constitutionnelle

³ S. GUINCHARD et T. DEBARD, Lexique des termes juridiques, 22^e Ed. Dalloz, 2014-2015

où il prend part, des procédures et mécanismes propres sont développés. La participation du public, apparue dans les années 1960, dans la sphère économique vient à l'appui d'une démocratie plus participative⁴. Parmi les mécanismes mis en œuvre pour y parvenir, l'information est très régulièrement utilisée, bien que le Conseil constitutionnel ait jugé que cette information n'était pas suffisante⁵.

3. Appliquée au droit du travail, la participation peut se caractériser par la participation du personnel à la marche de l'entreprise ou la participation du personnel aux résultats de l'entreprise. La réelle teneur du principe de participation des travailleurs est définie au huitième alinéa du Préambule de la Constitution 27 octobre 1946, qui dispose que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. ». Le constituant de 1946 n'a pas souhaité limiter l'application du principe aux seuls salariés. En faisant le choix d'utiliser comme sujet « les travailleurs », le principe a vocation à s'appliquer à toute personne qui effectue une activité ou, une profession et qui en tire des revenus. Un dépassement du lien de subordination est effectué. Cette formulation large n'a pas, dans un premier temps, honoré la portée du principe.

4. Une fois le principe circonscrit, quelle en est la dynamique ? Il est opportun de garder à l'esprit que la dynamique est relative au mouvement, à l'intensité, au parcours que suit un élément ou un objet⁶. S'intéresser à la dynamique du principe de participation des travailleurs mène à se demander ce qu'il est aujourd'hui, quelles évolutions il a connues et quel parcours il a emprunté pour devenir ce qu'il est. Il sera principalement question de déterminer quels acteurs et éléments juridiques l'ont, directement ou indirectement, façonné. Cela invite également à se questionner sur son état actuel mais aussi sur son avenir, à court ou moyen terme, au regard de son histoire passée et de sa situation présente.

5. La participation des travailleurs recouvre deux acceptions, d'abord la participation à la détermination collective des conditions de travail, qui est le versant du principe le plus développé, puis la participation à la gestion des entreprises. Ces deux modes de participation sont, selon l'alinéa 8 du Préambule de 1946, exercés par l'intermédiaire des délégués des travailleurs, *ie* de manière indirecte. Les délégués dont il est question sont des agents d'exercice de ce droit et non les titulaires. Ce droit est attaché à la qualité de travailleur, mais il s'exerce

⁴ F. JAMAY, « *Principe de participation* », (Extrait de la sélection manuelle), JCI. Environnement et Développement durable, Fasc 2440, 2018

⁵ Cons. const., 14 oct. 2011, déc. n° 2011-183/184 QPC, France Nature Environnement, consid. 6 : JurisData n° 2011-021909 ; JO 15 oct. 2011, p. 17466

⁶ Définition selon le Centre national de ressources textuelles et lexicales, www.cnrtl.fr

nécessairement de manière collective, dans une collectivité de travail. Cette collectivité est constituée de tous les travailleurs qui sont intégrés de façon étroite et permanente, même s'ils ne sont pas les salariés de l'entreprise⁷. Le Conseil constitutionnel a, récemment, pris le soin de rappeler qu'aucun droit équivalent n'existait au bénéfice des employeurs⁸.

6. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, fondement du principe de participation des travailleurs, réaffirme d'une part les droits et libertés consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et d'autre part des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » qui étaient déjà présents dans la Déclaration d'avril⁹ au sein de laquelle, le principe de participation était déjà mentionné à l'article 31. Le Préambule de 1946 comme la Déclaration d'avril conféraient une place importante aux droits économiques et sociaux. Ces « droits nouveaux » reposent principalement sur les réflexions du Conseil national de la résistance¹⁰. Le Préambule de 1946 acquiert une valeur symbolique liée directement à la Libération. La consécration du principe de participation des travailleurs marque l'importance prise par la convention collective de travail avant la seconde guerre mondiale, principalement avec la loi du 24 juin 1936¹¹.

7. Cette reconnaissance de « droits nouveaux » n'est pas isolée et s'inscrit dans une dynamique internationale. L'Organisation Internationale du Travail avait adopté, dans la Déclaration de Philadelphie le 10 mai 1944, une résolution consacrant « la reconnaissance à l'échelle internationale de l'importance des questions économiques et sociales, et du fait qu'elles sont indissociables des autres aspects des questions internationales. » Peu après est signée à San Francisco la Charte de l'Organisation des Nations unies, le 26 juin 1945, laquelle déclare s'engager à favoriser « le développement dans l'ordre économique et social ».

8. Lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1946, l'intention des constituants n'était plus simplement de consacrer les droits naturels de l'homme mais également d'instaurer une « démocratie politique, économique et sociale »¹². C'est à cet effet qu'ils souhaitaient garantir « le droit des travailleurs de participer aux fonctions de direction et de gestion des

⁷ Reprise de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel

⁸ C'est principalement pour exclure le champ du principe de participation que le constituant en 1946 a reconnu ce droit à « tout travailleur » et non à « tout homme » comme le prévoit l'alinéa 6 qui consacre la liberté syndicale. V. en ce sens. Décision n°2015-519 QPC, 3 février 2016, cons. 11, es.

⁹ Déclaration des droits de l'homme qui avait pour vocation de remplacer la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lors de la proclamation de la IV^e République, elle est rejetée

¹⁰ Droit de vote des femmes, protection sociale, comités d'entreprises

¹¹ Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre II du livre 1^{er} du Code du Travail « De la convention collective de travail », JO 26 juin 1936, p6698. D. 1936, législ. P. 369

¹² M. COSTET-FLORET, JO du 20 août 1946, Débats, ANC, A946, P. 3185

entreprises » ajoutant que « la classe ouvrière n'a pas seulement à exercer la démocratie en faisant acte de citoyen [...] dans un vote politique. » Elle doit prendre une dimension plus élargie et ainsi être réalisée « par la faculté donnée aux travailleurs, [...] de prendre partout leurs responsabilités dans la gestion même des entreprises ». Parvenir à une démocratie sociale devient une nouvelle exigence¹³.

9. Lorsque le huitième alinéa du Préambule proclame la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, c'est la convention collective de travail qui est véritablement consacrée par les constituants¹⁴. Cette norme collective permet une réalisation de la démocratie sociale¹⁵, elle est la contrepartie collective du travail subordonné et permet ainsi aux travailleurs de négocier leurs conditions de travail dans un rapport plus équilibré que par le lien individuel du contrat de travail¹⁶. C'est l'idée d'une répartition des pouvoirs, ou plutôt d'une participation à l'exercice du pouvoir qui est opérée par une habilitation d'acteurs intermédiaires.

10. Les délégués qui exercent le droit à participation des travailleurs sont les institutions représentatives du personnel élues, auxquelles s'ajoutent les délégués syndicaux. Il s'agit des membres du personnel qui sont élus par les salariés et qui, de ce fait, sont titulaires d'un mandat au sein de l'entreprise. Différents types de mandats peuvent coexister au sein des entreprises. Le nombre de délégués dépend du nombre de salariés que compte l'établissement mais également des seuils légaux, lesquels imposent à l'employeur d'organiser des élections pour chaque institution représentative du personnel. Jusqu'au 31 décembre 2019, trois institutions représentatives du personnel en particulier sont habilitées à exercer le droit à la participation, auxquelles s'ajoute le ou les délégués syndicaux. En parallèle et de manière plus restreinte, la participation se matérialise par le biais des représentants des salariés au sein des organes dirigeants de la société¹⁷. En droit français, la représentation collective se caractérise par un amoncellement des canaux de représentation. La diversité des acteurs, des modalités de leur nomination ainsi que des compétences qui leurs sont attribuées nourrissent un imbroglio général de la représentation au sein de l'entreprise. Avant la réforme coexistaient trois institutions représentatives du personnel : les délégués du personnel, premiers représentants devant être

¹³ Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2019, Le Préambule de 1946, 8^e Ed., coll Codes Dalloz

¹⁴ V. OGIER-BERNAUD., Les droits constitutionnels des travailleurs, Economica, PUAM, 2003., p. 68 : « Si sa filiation avec la législation antérieure n'apparaît qu'en filigrane, il ne fait cependant aucun doute que les constituants ont, dans la première partie du 8^{ème} alinéa, tenu à consacrer les conventions coll.)

¹⁵ R. PELLOUX, « *Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946* », RDP 1947, p.347, spéc. p. 376

¹⁶ R. CAPITANT « *La démocratie sociale* » in *Ecrits constitutionnels*, Editions du CNRS, 1982, p166.)

¹⁷ Cette forme de participation est possible, en principe, quelle que soit la forme sociale de la société commerciale

institués ; le comité d'entreprise, organe aux compétences étendues et axé principalement sur les intérêts économiques de la société ; et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, organe plus récent créé dans le but d'apporter un regard plus aguerri à la santé et la sécurité des travailleurs.

Seulement à partir de 2020 ce triptyque pourtant bien connu est amené à disparaître pour céder sa place au comité social et économique. Une institution unique qui se voit confier des compétences semblables tout en comptant un nombre moindre de représentants. Afin d'appréhender le comité social et économique d'un point de vue critique, il nous faut observer les institutions précédentes par leurs raisons d'être et leurs attributs.

11. Les premiers représentants à avoir été mis en place dans l'entreprise sont les délégués du personnel, une fois le seuil de onze salariés dans l'établissement atteint, des élections doivent être organisées. Avant d'atteindre ce seuil, il est possible d'élire des délégués du personnel. Cependant cela reste un droit discrétionnaire de l'employeur. Ces premiers acteurs ont pour mission « de représenter le personnel auprès de l'employeur et de lui faire part de toute réclamation individuelle ou collective en matière d'application de la réglementation du travail »¹⁸. Cette représentation concerne également les salariés qui sont extérieurs à l'entreprise mais qui y prennent part de manière permanente. Les délégués du personnel peuvent, dans certaines situations, se voir attribuer les prérogatives dont disposent d'autres institutions représentatives du personnel ou, celles du délégué syndical¹⁹.

12. Lorsque l'entreprise compte au moins cinquante salariés dans ses effectifs, l'employeur doit organiser des élections pour que soient désignés les membres du comité d'entreprise (CE). Ces représentants ont pour mission d'assurer l'expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production²⁰. Ils doivent également être informés et consultés par l'employeur sur certains sujets notamment l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ; principalement sur les mesures pouvant affecter le

¹⁸<https://travail-emploi.gouv.fr/dialogue-social/le-comite-social-et-economique/article/les-delegues-du-personnel-missions-et-moyens-d-action>

¹⁹ Pour les missions du comité d'entreprise et du CHSCT, celles-ci sont reconnues aux délégués du personnel lorsque le seuil pour que de telles institutions soient mises en place mais qu'un procès-verbal de carence est dressé par exemple. Concernant les prérogatives du délégué syndical, celles-ci sont conférées aux délégués du personnel, lorsqu'un ou plusieurs syndicats représentatifs dans l'établissement ont alors la possibilité de désigner délégué du personnel comme délégué syndical pour la durée de son mandat.

²⁰ C. trav. Anc. Art. L. 2323-1 alinéa premier

volume ou la structure des effectifs, le temps de travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle²¹. Ils sont invités à proposer des améliorations sur ces thématiques. Le comité d'entreprise dispose donc d'une force de proposition pour les domaines sociaux. En outre, il doit également donner son avis sur les aspects économiques de l'entreprise, à ce titre, il doit être consulté chaque année sur les orientations stratégiques, la situation économique et financière de l'entreprise et sur la politique sociale de celle-ci, ainsi que les conditions de travail et d'emploi. Le CE est donc important : il permet la prise en considération du personnel dans les choix stratégiques et économiques de l'entreprise. Ces thématiques sont, en France, considérées comme les plus importantes, cela se ressent notamment à travers les diverses institutions représentatives du personnel.

13. Passé le seuil de cinquante salariés, l'entreprise doit également constituer un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Ses membres sont élus par un collège unique composé des délégués du personnel et des membres élus du comité d'entreprise²². Ses attributions sont davantage tournées vers la santé et la sécurité au travail, les conditions de travail ainsi que l'accès et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées. Il doit également traiter des questions d'organisation du temps de travail, de la gestion du personnel, du stress au travail, autant de problématiques qui prennent davantage d'importance dans notre société²³. Le CHSCT doit être informé et consulté avant toute décision relative à un aménagement important qui modifierait les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail²⁴. Il dispose d'une certaine autonomie, indispensable à la réalisation de ses missions. Outre les informations utiles qui lui sont transmises, il peut chercher des informations lui-même. Lorsqu'un accident du travail ou une maladie professionnelle se produit dans l'entreprise, il dispose du droit de diligenter une enquête²⁵. Le CHSCT témoigne d'une prise en compte du bien-être des travailleurs dans l'entreprise et de l'importance des aspects sociaux de l'entreprise. L'institution revêt un caractère symbolique, en créant un CHSCT dans toute entreprise de plus de cinquante salariés, le législateur s'est, quelque peu, détaché de l'hégémonie des aspects économiques qui règnent dans l'entreprise.

14. Toutefois, le CHSCT n'a jamais été considéré comme une instance représentative du personnel d'une importance égale à celle du CE. Les questions économiques et la bonne

²¹ *Ibid*, 2^e alinéa

²² C. trav. Anc. Art. L. 4613-1

²³ C. WOLMARK et E. PESKINE, Droit du travail 2017, 11^e Ed, Hypercours Dalloz

²⁴ V. C. trav., anc. L. 4612-8-1.

²⁵ C. trav., anc. L. 4612-5

marche de l'entreprise prévalent, encore aujourd'hui, sur les préoccupations relatives à la santé, la sécurité et les conditions de travail en général. Ces thématiques connaissent cependant un réel essor, et sont progressivement prises en compte par le droit.

15. Néanmoins, les pouvoirs publics en place ont fait le choix, récemment, de remanier les institutions représentatives du personnel en place. Depuis de nombreuses années, les diverses institutions représentatives du personnel et la répartition de leurs compétences ont fait l'objet de nombreuses critiques, lesquelles ont donné lieu à plusieurs propositions de modification et de simplification du droit du travail²⁶. Il ne fait ainsi nul doute que les représentants des travailleurs institués ainsi que leurs attributions n'étaient pas en totale adéquation avec le monde du travail français.

16. A cet effet, la loi du 20 décembre 1993²⁷ a créé la délégation unique du personnel (DUP) dans le but de simplifier la représentation dans les entreprises et principalement dans les petites et moyennes entreprises. Le dispositif a été repris et étendu par la loi du 17 août 2015²⁸ aux entreprises de moins de trois cents salariés²⁹. La DUP permet de regrouper dans une même instance toutes les institutions représentatives du personnel élues. Le choix de sa mise en place revient à l'employeur après avoir consulté les délégués du personnel, le CE et le CHSCT s'il y en a. Concrètement, la DUP est composée des délégués du personnel dont l'effectif est faiblement gonflé, lesquels disposent des attributions des trois instances précitées. Seulement, cette délégation unique profite principalement à l'employeur. En effet, en comptant moins de salariés protégés et moins d'heures de délégation à accorder, les travailleurs ne tirent pas de bénéfices de cette réforme. La loi du 17 août 2015 visait également à faciliter l'accès des très petites entreprises à la représentation des salariés dans l'entreprise et à la négociation collective. A ce titre, elle a créé les commissions paritaires régionales interprofessionnelles pour les

²⁶ Divers rapports ont été rendus : G. BELIER, rapport au ministre du Travail relatif au développement des institutions représentatives du personnel dans les PME, 29 mars 1990; v. Sem. soc. Lamy, 2 avr. 1990 (Rapport BELIER) ; M. DE VIRVILLE, Pour un code du travail plus efficace, rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, janv. 2004 (Rapport VIRVILLE) ; Rapport du Conseil économique, social et environnemental présenté par G. FILOCHE « Vingt ans de CHSCT », 2001., Rapport « Bien être et efficacité au travail », LACHMANN, LAROSE et PENICAUD, 2010., Rapport de la Commission de réflexion sur la souffrance au travail., UMP-Nouveau centre, 2009., Institut MONTAIGNE, Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise, rapport de sept. 2015, v. not. Proposition n° 4 ; v. égal. Reconstruire le dialogue social, rapport de juin 2011 (Rapport MONTAIGNE) ; La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport du 9 sept. 2015. (Rapport COMBREXELLE) Rapport de la Commission de réflexion sur la souffrance au travail, P.-Y. VERKINDT : « *Les CHSCT au milieu du gué : 33 propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail* », 2013 (rapp. demandé par le ministre du Travail).

²⁷ Loi n°93-1313 quinquennale du 20 déc.1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JO 21 déc.

²⁸ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO du 18 août 2015, p. 14346

²⁹ La loi du 20 décembre 1993 avait fixé ce seuil à moins de deux cents

salariés et les employeurs dans les entreprises comptant moins de onze salariés. Or, la composition de ces commissions est très contestable au regard du principe de participation des travailleurs.

17. Toutes ces institutions représentatives du personnel ont vocation à disparaître pour laisser place à un nouvel organe de représentation d'ici le 1^{er} janvier 2020.

18. Les ordonnances du 22 septembre 2017³⁰ ont créé le comité social et économique (CSE), instance unique de représentation du personnel élu qui vient remplacer les délégués du personnel, le CE et le CHSCT. Les entreprises françaises ont jusqu'au 31 décembre 2019 pour opérer une transition entre les instances en place, celles évoquées ci-dessus³¹, afin de mettre en place le CSE. Cette nouvelle instance de représentation s'organise de deux façons différentes selon l'effectif de l'entreprise avec un seuil fixé à cinquante salariés sur douze mois consécutifs. Il existe donc un CSE aux attributions restreintes³² lorsque les effectifs ne dépassent pas cinquante salariés et un CSE doté de pouvoirs plus étendus³³ lorsque ce seuil est atteint. Or, cela ne change que très peu le fonctionnement des institutions représentatives précédentes.

19. Aux côtés des représentants du personnel actuels et ceux qui perdureront au 1^{er} janvier 2020, se maintient le délégué syndical, acteur de l'entreprise qui a pour mission de revendiquer de nouveaux droits au profit des salariés³⁴. A la différence des institutions représentatives vues précédemment, il n'est pas élu mais désigné par un syndicat représentatif. Il représente alors l'organisation syndicale en question dans l'entreprise et peut négocier et signer, à ce titre, des conventions et accords collectifs d'entreprise. La désignation des délégués syndicaux doit, en priorité, être effectuée parmi les candidats aux élections professionnelles ayant recueilli au moins 10% des suffrages exprimés dans le collège où ils se sont présentés³⁵, afin qu'ils bénéficient d'une plus importante représentativité. En principe, il n'est présent que dans les entreprises et établissements d'au moins cinquante salariés. Toutefois, un délégué syndical peut être désigné parmi les délégués du personnel³⁶, ou parmi les membres du CSE dans les entreprises de moins de cinquante salariés. La réforme des institutions représentatives du personnel remet en question la présence du délégué syndical dans l'entreprise. Les

³⁰ Ord. n°2017-1386 du 22 sept. 2017, JO du 23 ; ord. n°2017-1718 du 20 déc. 2017, JO du 21

³¹ Auxquelles ont peut ajouter la délégation unique du personnel, création de la loi

³² L'instance dispose, de manière générale, des attributions des anciens délégués du personnel

³³ Globalement ceux des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT avec des ajustements qui vont parfois vers une diminution ou un élargissement des attributions. V. infra

³⁴ Cass., soc., 10 juill. 1990. n°86-42.819, Bull. civ. V, n° 361 ; D. 1992. Somm. 299, obs. G. BORENFREUND

³⁵ C. trav., art. L. 2143-3

³⁶ Valable jusqu'au 31 décembre 2019 au plus tard

négociations ont, désormais, davantage vocation à se passer du délégué syndical. Une rupture entre négociation collective et activité syndicale est visible.

20. Concomitamment, une catégorie particulière de représentants des travailleurs est habilitée à exercer le droit à la participation des travailleurs à la gestion des entreprises. Ceux-ci doivent toutefois être différenciés des représentants du personnel et des représentants syndicaux. Concrètement, le comité d'entreprise anciennement et désormais le CSE ont le pouvoir de désigner de deux à quatre représentants des salariés au sein des organes dirigeants de la société. Ces représentants ont alors le droit d'assister à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance dans une société anonyme³⁷. Dans ces sociétés commerciales, ils ont accès aux mêmes documents que les administrateurs non-salariés. Le plus souvent, ces représentants n'ont qu'une voix consultative, de manière plus ponctuelle, ils bénéficient d'une voix délibérative. Ils participent ainsi à la gestion des entreprises par le biais d'avis qu'ils rendent, ou bien, par le vote lors de prises de décisions ce qui est plus rare. Leur présence est obligatoire dans les organes dirigeants des entreprises publiques³⁸ et les entreprises publiques privatisées en 1986 ont, pour la majorité, maintenu ces représentants au sein de leurs organes dirigeants. La loi du 19 juillet 1993³⁹ a imposé leur présence dans les entreprises publiques desquelles elle autorisait la privatisation. Le Code de commerce impose également leur présence lorsque plus de 3% du capital social de la société est détenu par des salariés⁴⁰. Des aménagements conventionnels peuvent toujours prévoir que davantage de salariés prendront part à cette représentation. Cette possibilité reste cependant peu fréquemment utilisée.

21. Tous ces représentants des travailleurs dans l'entreprise disposent d'un crédit d'heures de délégation afin d'exercer leur mission. Leur nombre varie en fonction des représentants du personnel en place ainsi que de la taille de l'entreprise. Ces heures sont considérées comme des heures de travail effectif et sont donc rémunérées comme telles. En outre, les représentants du personnel sont davantage exposés aux risques de licenciement ou de discrimination du fait de leur mission. Afin que cela ne menace pas l'exercice du droit à la participation dans l'entreprise, le législateur a doté chaque représentant d'un statut protecteur. Ce statut implique qu'en plus du respect de la procédure de licenciement qui doit être suivie pour tout salarié ordinaire, le licenciement d'un salarié protégé doit en plus faire l'objet d'une

³⁷ C. trav., art. L. 2312-72 s

³⁸ Sociétés détenues par l'Etat ou les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC)

³⁹ Loi n°93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation

⁴⁰ C. com., art. L. 225-23 et L. 225-71

autorisation par l'inspecteur du travail, à peine de nullité. Cette protection supplémentaire s'étend à davantage de salariés que les seules institutions représentatives susmentionnées, elle s'applique à toute personne qui est instruite d'un rôle de représentation, de conseil, de jugement ou de mandat vis-à-vis des travailleurs⁴¹. Une telle protection est fondamentale, elle permet de doter les délégués d'une indépendance au regard du pouvoir de direction de l'employeur. Sans celle-ci, les missions qui leur sont confiées ne pourraient être librement exécutées.

22. Un tel rappel de l'architecture des systèmes représentatifs du personnel, bientôt désuets pour certains, s'avère pourtant fondamental. Toute l'évolution du principe de participation, jusqu'à aujourd'hui, s'est faite par le truchement, pour partie, de ces instances représentatives du personnel élues. En outre, bien que la réforme rénove radicalement le système actuel de représentation du personnel, l'étude des anciens organes de représentation permet tout de même d'appréhender la manière dont ces représentants nouvellement institués seront mis en œuvre au 1^{er} janvier 2020 et également d'anticiper les futures orientations du principe de participation. Nul doute que ces nouvelles institutions auront un fonctionnement et un usage similaires aux anciens organes de représentation.

23. Ces différents acteurs offrent au droit à la participation des concrétisations variées. Toutefois, une des premières difficultés au regard du principe de participation des travailleurs est de déterminer toutes les expressions qu'il recouvre, les formes qu'il prend ainsi que les travailleurs qui en sont titulaires. Le juge constitutionnel a consacré de nombreux droits sociaux, parmi lesquels se trouve le principe de participation des travailleurs. Il a donné substance au principe et en a dégagé progressivement les expressions. Son apport a été, de manière certaine, déterminant.

24. La diversité des acteurs prenant part à la mise en œuvre du principe de participation des travailleurs est doublée d'une diversité de sources professionnelles du droit du travail. Ces normes professionnelles sont de niveaux différents ce qui implique qu'une articulation soit prévue entre elles. Ces divers niveaux, où la négociation collective est engagée, sont tout autant de champs d'application plus ou moins élargis. Les niveaux les plus étendus sont les niveaux national et interprofessionnel, où les normes conventionnelles sont signées entre les organisations patronales et les organisations de salariés représentatives dans toutes les branches⁴². Ces accords sont porteurs de progrès sociaux que le législateur a pris l'habitude de

⁴¹ C. trav., Art. L. 2411-1 ; les délégués du personnel, membres du comité d'entreprise ou du CHSCT encore en mission bénéficient jusqu'au 31 décembre 2019 de cette protection

⁴² Branches de l'industrie, du commerce, de la construction et des services

reprandre, au moins en partie, dans la loi. Dans un champ d'application plus restreint, la négociation collective se déroule au niveau des secteurs professionnels que l'on appelle « branches »⁴³. Ici, les conventions et accords collectifs sont conclus entre les organisations patronales et les organisations de salariés représentatives d'un secteur d'activité professionnel en particulier. Dans une sphère plus réduite que la branche mais plus large que l'entreprise, des accords peuvent être conclus entre l'employeur ou des représentants mandatés des entreprises concernées et les organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernés⁴⁴. Au plus proche des travailleurs, une négociation doit être entamée sur certaines matières au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Pour ce dernier niveau de négociation, les acteurs habilités à prendre part à la négociation sont multiples⁴⁵. Les normes professionnelles ne sont pas nécessairement des règles conventionnelles, les engagements et actes unilatéraux de l'employeur (engagement unilatéral et règlement intérieur) ainsi que les usages d'entreprise ou de profession en font partie.

25. A cette typologie des niveaux de négociation se superposent trois niveaux géographiques de négociation que sont l'échelon national, régional et local. A l'inverse de plusieurs législations étrangères qui privilégient d'entamer la négociation collective à un niveau en particulier, le droit du travail français organise une articulation entre ces différents niveaux.

26. La pluralité des normes professionnelles du droit du travail et leur entremêlement rend leur compréhension complexe et ce, d'autant plus que certaines de ces normes doivent désormais se superposer. Cette multiplicité de normes et de niveaux contribue à la complexification de la négociation collective. Il est certain que cette nébuleuse ne participe pas à la qualité des nouvelles normes professionnelles. L'articulation de ces règles avec le Code du travail a évolué dans le temps, à la fois par l'essor de la négociation collective parmi les sources du droit du travail français, mais aussi par les variations de portée reconnues aux différents niveaux de négociation.

27. Malgré l'importance de cette source, la négociation collective a longtemps été reléguée à un rôle secondaire, derrière la loi et le règlement. Elle n'est institutionnalisée par le Code du travail qu'en 1919⁴⁶. Plus tard, la loi du 24 juin 1936 accroît la portée des normes collectives de travail en créant la procédure d'extension des conventions collectives par la loi.

⁴³ Une définition des conventions de branche est donnée à l'article L. 2232-5 du Code du travail

⁴⁴ C. trav., Art. L. 2232-31 (négociation au niveau du groupe) et L. 2232-36 (négociation inter-entreprises)

⁴⁵ Délégué syndical, salarié mandaté, salariés

⁴⁶ Le chapitre IV bis du titre II « De la convention collective de travail » est intégré au premier livre du Code du travail

Le rôle de la négociation collective était essentiellement d'améliorer la situation des salariés, par convention ou accord collectif, en créant à leur égard des avantages supplémentaires. Désormais, cette dynamique est, à peu de chose près, inverse.

28. Depuis une trentaine d'années, le droit du travail a évolué en accordant davantage de place aux sources du droit du travail négociées. Progressivement, la négociation collective et les normes qui en sont issues s'éloignent de leur vocation historique – apporter des avantages supplémentaires aux travailleurs – les conventions et accords sont autorisés à déroger à la loi dans un sens moins favorable⁴⁷. L'ordre public social est, peu à peu, abandonné et le Code du travail tend dans de nombreuses matières à s'organiser selon un nouveau triptyque : l'ordre public absolu pose les normes impératives auxquelles les dérogations par convention ne sont pas possibles, en principe, puis une place est réservée à la négociation collective avec une répartition des compétences entre les différents niveaux, enfin le Code du travail comporte des dispositions supplétives qui ne s'appliqueront qu'à défaut d'accord trouvé par la négociation ou d'un engagement unilatéral de l'employeur.

29. C'est principalement durant les dernières années que la négociation collective a été investie d'une réelle prééminence par rapport à la loi et au règlement. A cet effet, la négociation collective fait office de préalable à l'adoption de textes législatifs, l'accès aux normes conventionnelles est facilité par la création de bases de données nationales et gratuites, l'ordre public et la loi laissent davantage de place à la négociation collective, les accords conclus au plus proche des travailleurs (entreprise et établissement) se sont vu reconnaître récemment une primauté sur les accords de branche, la légitimité de l'accord d'entreprise est renforcée par l'exigence d'accord majoritaire, la négociation collective se trouve facilitée en l'absence de délégués syndicaux et le recours au référendum dans l'entreprise afin de valider un accord d'entreprise minoritaire est étendu.

30. De cette dynamique on observe une tendance générale : celle du droit français à se rapprocher des droits étrangers, en s'inspirant des mécanismes outre frontière et de leur philosophie. A cet effet, le droit du travail français se rapproche davantage du droit du travail anglo-saxon, allemand et de celui dans les pays nordiques, lesquels organisent une participation plus effective des travailleurs dans l'entreprise. Ces modèles sont souvent pris en exemple en

⁴⁷ Processus entamé par la loi n°82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO du 14 novembre 1983 puis poursuivi avec la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 qui a ouvert la faculté de négocier des accords collectifs pouvant déroger à des accords plus larges, tels que les accords de branche ou les accords interprofessionnels

matière de dialogue social et les ordonnances de 2017 s'en inspirent pour partie. En Allemagne, l'adhésion syndicale est à hauteur de 18% et les compétences au sein de l'entreprise font véritablement l'objet d'un partage et « la participation des travailleurs à la gestion des entreprises va jusqu'à la cogestion »⁴⁸ entre les conseils d'entreprises et l'organisation syndicale. Le conseil d'entreprise est présidé par un représentant des salariés bien que la négociation des salaires et du temps de travail soit menée par les syndicats. Les syndicats sont réunis sous une seule confédération ce qui fortifie l'action syndicale et une obligation de résultat est posée dans la négociation, par conséquent il doit y avoir un consensus final⁴⁹. En Suède, le taux de syndicalisation est proche de 70% et à l'instar de l'Allemagne, une seule confédération est établie. Les agents syndicaux de proximité sont très dynamiques et suivent les orientations choisies au niveau national par la confédération. Les pouvoirs publics suédois sont en retrait⁵⁰ et laissent une grande latitude aux partenaires sociaux pour déterminer ensemble les règles qui leur seront applicables. L'intérêt que les travailleurs portent à cette participation dans l'entreprise vient principalement du fait que les règles négociées ne s'appliquent qu'aux travailleurs syndiqués dans l'entreprise⁵¹.

31. Néanmoins, les particularités de chaque Etat sont issues de leur histoire nationale, la participation mise en œuvre dans chacun d'entre eux est de ce fait unique et chaque modèle de participation ne peut-être transposable d'un Etat à un autre. Le paysage syndical et la négociation collective sont différents en France et cette tendance vise à s'accroître toujours vers une spécification plus approfondie. Si une transposition avait lieu, nous pourrions craindre que la participation ne se fasse sur une base équilibrée. En France, les dernières réformes n'ont emporté ni l'adhésion des travailleurs ni celle des organisations syndicales les représentant. Elles posent de nouvelles règles qui rejettent la présence des délégués syndicaux dans la négociation collective d'entreprise, niveau désormais incontournable de la négociation. Dans un contexte où le dialogue est devenu plus difficile à établir dans l'entreprise et tout autant avec les pouvoirs publics, ce que l'on peut voir avec les mouvements sociaux récents, « la démocratie représentative est secouée, mais aussi la démocratie sociale »⁵². Le principe de participation des travailleurs, principe qui traduit pourtant la prise en compte des considérations salariales par

⁴⁸ A. CORMIER LEGOFF et J. KRIVINE, « *La négociation sur le CSE à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier* », Dr. soc. 2019., p. 204

⁴⁹ F. SALIS-MADINIER, « *L'organisation du dialogue social avec les syndicats, ailleurs...* », Dr. soc. 2019., p. 222

⁵⁰ Sont uniquement établis des principes fondamentaux par la loi

⁵¹ Aucune convention ou accord n'est doté d'un effet *erga omnes*. Cf. F. SALIS-MADINIER, préc.

⁵² F. SALIS-MADINIER., préc

une collaboration d'entreprise, peut dans un tel environnement ne pas être réellement appliqué. Le juge constitutionnel a, incontestablement, contribué à l'essor du principe, aux côtés du législateur qui a institué les moyens de sa mise en œuvre. Seulement, un tel accomplissement n'est pas aisé. Aboutissement de la démocratie sociale, il permet de constater si celle-ci se concrétise par une authentique écoute des pouvoirs publics. Une compréhension plus globale du dialogue dans un état, révèle, comment celui-ci est organisé dans les relations de travail⁵³. Par une étude de ce qu'il signifie et de ce qu'il recouvre, il conviendra de déterminer s'il est véritablement mis en œuvre et si, en tant que principe à valeur constitutionnelle, il irrigue le droit du travail français. Certes nous assistons à des modifications dans la mise en œuvre du principe de participation et de ce fait à une intention de réaliser la démocratie sociale autrement or, les choix opérés sont critiqués et leurs justifications apparaissent le plus souvent comme bancales. Les changements à entamer pour une véritable mise en œuvre du principe de participation impliquent une réelle prise en considération des problématiques profondes de la négociation collective en droit français et de ses limites.

32. Si le principe de participation des travailleurs a pris un véritable essor par l'intervention du législateur et des juges - principalement par la volonté de mettre en œuvre la négociation collective - cette dynamique entreprise par le législateur s'est montrée dans ses premiers instants balbutiante. Ce n'est qu'ultérieurement que la démarche entamée a été soutenue par les différentes juridictions et qu'alors un processus d'élargissement des champs de la participation fut observé, et cela tout en ouvrant l'applicabilité du principe à un plus grand nombre de protagonistes. (I) Cette tendance est toutefois à mettre en perspective avec un amoncellement récent de ces normes, résultat de réformes et de créations normatives menées par les gouvernements successifs. Les normes ainsi créées ont alors vocation à être mises en œuvre, cependant cette réalisation peine en raison d'un contexte social en tension, d'une superficialité des moyens déployés ainsi que d'une passivité d'acteurs tels que le Conseil constitutionnel. Dans cette configuration, une véritable mise en œuvre du principe de participation semble compromise (II).

⁵³ Le rapport étant tout autant déséquilibré entre les pouvoirs publics avec leurs citoyens, que les employeurs et dirigeants avec les salariés et travailleurs qu'ils emploient

PARTIE I - Une consécration apparente du principe de participation des travailleurs

33. L'existence du principe de participation ne fait nul doute. Avant que celui-ci ne soit consacré par le juge, des moyens ayant vocation à le mettre en œuvre sont institués par le législateur. Le juge constitutionnel a tout autant contribué à sa consécration, principalement en lui conférant une portée constitutionnelle. Les diverses formes qui lui sont reconnues ainsi que l'extension des protagonistes à qui il doit bénéficier ont également permis sa démocratisation. Ainsi, l'essor du principe de participation des travailleurs s'explique d'abord par une véritable consécration de celui-ci (Chapitre I) suivie d'un mouvement d'expansion quant aux applications et sujets qu'il recouvre (Chapitre II).

Chapitre I - Un essor timide du principe porté par un double acteur

34. A l'appui du Préambule de la Constitution de 1946, le législateur et le pouvoir exécutif vont organiser et mettre en œuvre le principe de participation (Section I). En se fondant sur le principe et les dispositions ainsi élaborées, les juges vont progressivement en déterminer la portée constitutionnelle (Section II).

Section I – Une reconnaissance progressive par le législateur

35. Au sortir de la Seconde guerre mondiale, les constituants de 1946 ont édifié la Constitution de la IV^{ème} République et l'ont assorti d'un Préambule porteur de nouveaux droits pour les salariés. Ce texte à forte coloration sociale a par la suite été intégré au bloc de constitutionnalité de la V^{ème} République le 15 janvier 1975 dans le cadre du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel⁵⁴. Sont alors repris les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » énoncés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, parmi lesquels, figure au huitième alinéa que « tout travailleur participe, par

⁵⁴ Cons. Const., n°74-54 DC du 15 janvier 1975 interruption volontaire de grossesse, GDCC, 15^{ème} éd. 2009. N°17 ; Gr. Délib. CC2009. N°21 ; GADS 2010. n°20

l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

36. Dans un souci d'effectivité du principe, le législateur a dans le même temps créé et, dans certains cas, réhabilité les institutions représentatives du personnel. Celles-ci se voyant reconnaître la possibilité de donner leur avis dans le processus de prise de décision sur le fonctionnement et la gestion de l'entreprise. Depuis, le législateur est intervenu ponctuellement afin de conforter les moyens mis à disposition des représentants du personnel dans les entreprises et a introduit des dispositifs d'intéressement et de participation financière s'adressant directement aux salariés.⁵⁵

37. La première des institutions représentative du personnel instaurée dans l'entreprise sont les délégués du personnel⁵⁶. Ces délégués seront dotés d'une plus large envergure avec les accords de Matignon de 1936. La loi du 24 juin 1936 exigera simplement que les conventions collectives conclues abordent la mise en place de tels délégués, une obligation de négocier est posée, leur présence au sein de l'entreprise n'est pas encore rendue obligatoire. Elle ne le deviendra que par le décret-loi du 12 novembre 1938. Supprimés sous Vichy, ils réapparaissent avec la loi du 16 avril 1946⁵⁷. Ceux-ci ayant pour mission de présenter aux employeurs les réclamations individuelles et collectives des salariés « relatives à l'application des taux de salaires et des classifications professionnelles du code du travail et des autres lois et règlements, concernant la protection ouvrière, l'hygiène, la sécurité et la prévoyance sociale »⁵⁸.

38. Entre temps apparaissent les comités d'entreprises⁵⁹, lesquels connaîtront plusieurs évolutions jusqu'à 2017. Dès leur création, ils doivent être consultés sur des questions d'ordre économique⁶⁰. Les travaux ainsi entamés sont approfondis par la loi n°66-427 du 18 juin 1966 enjoignant au comité d'entreprise et à la direction de coopérer en vue d'améliorer les conditions collectives d'emploi et de travail ainsi que les conditions de vie du personnel au sein de l'entreprise. Pour cela le législateur met à la charge de l'employeur une obligation de

⁵⁵ M. VERICEL, « *Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise* », Dr. soc. 2018. 924

⁵⁶ Dès 1890 sont élus dans les mines des délégués mineurs

⁵⁷ Loi n°46-730 du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans l'entreprise, JO du 17 avril 1946 et rectificatifs J. O. des 23 mai et 4 juin 1946, art premier : « Il est institué des délégués du personnel dans tous les établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les offices ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels et les associations quels que soient leur forme et leur objet, où sont occupés habituellement plus de dix salariés »

⁵⁸ Loi précitée, art 2

⁵⁹ Ordonnance n°45-280 du 22 février 1945 créant les comités d'entreprises dans les entreprises de 50 salariés et plus

⁶⁰ Loi n°46-1065 du 16 mai 1946 application à l'Algérie de l'ordonnance 45280 du 22 fév. 1945 modifiée (Comités d'entreprise), art 3

consultation du comité d'entreprise sur « les problèmes généraux relatifs à la formation et au perfectionnement des professionnels, ainsi qu'à leur adaptation à l'emploi compte tenu de l'évolution des techniques »⁶¹.

39. L'obligation de consultation se traduira par un avis simple rendu par le comité d'entreprise. Les parties ne se trouvent, par conséquent, pas sur un pied d'égalité, une telle situation étant justifiée par la protection de la liberté d'entreprendre. Bien que cela n'ait pas empêché dans de nombreuses entreprises, en particulier celles de grande taille, de prendre en considération, en tout ou partie, les demandes présentées par les représentants des salariés.⁶²

40. Plus tard, la loi « Auroux » n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, vient étoffer les pouvoirs conférés au comité d'entreprise. Les IRP devenant un organe « d'expression collective des salariés » les intérêts des salariés doivent être pris en compte en permanence dans les choix de gestion, économiques et financiers de l'entreprise⁶³. Le nombre de domaines obligeant le chef d'entreprise à consulter le comité s'étend⁶⁴. La représentation est adaptée à la forme des grandes entreprises grâce aux comités de groupe et aux délégués de sites.

41. En parallèle, une véritable rupture dans l'articulation des sources du droit du travail est organisée par le législateur. Celui-ci permettant aux délégués syndicaux dans les entreprises qui en comprennent et dans les domaines préalablement définis par la loi, de pouvoir adopter des accords dérogatoires à la loi et s'affranchir ainsi du principe de faveur.⁶⁵ La négociation collective s'en trouve renforcée.

42. Dans le même temps, la loi « Auroux » n°82-1097 du 23 décembre 1982 institue le CHSCT, institution obligatoirement mise en place dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Il s'agit de la première institution représentative du personnel autonome, chargée de la prévention et de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs⁶⁶. Ses prérogatives

⁶¹ Loi n°66-427 du 18 juin 1966, JO du 25 juin 1966, modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n°45-280 du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise, art 2

⁶² M. VERICEL, préc.

⁶³ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, JO du 29 octobre 1982, art 28

⁶⁴ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, JO du 29 octobre, art 29

⁶⁵ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO du 14 novembre 1983

⁶⁶ La première entité chargée de la protection des travailleurs est créé par le décret du 4 août 1941, JO 10 août 1941, lequel imposait de mettre en place dans chaque établissement industriel et commercial de plus de 500 travailleurs et sur chaque chantier du bâtiment et des travaux publics de plus de 100 travailleurs, un comité de sécurité visant à faire participer les travailleurs à leur protection sur leur lieu de travail

étant auparavant partiellement attribuées aux comités d'hygiène et de sécurité⁶⁷ et à la commission d'amélioration des conditions de travail, sous-section du comité d'entreprise⁶⁸. Le législateur étoffe les moyens d'expression des travailleurs dans l'entreprise, avec la participation au domaine économique, la contribution à l'amélioration des conditions de travail et la protection de la santé et de la sécurité. L'ossature du CHSCT posée, le droit européen par l'adoption de directives⁶⁹ en a par la suite justifié et précisé la mission. Leur transposition en droit français⁷⁰ a mis un accent tout particulier sur la prévention dans l'entreprise qui doit être entreprise par le CHSCT. Les méthodes et techniques de travail dans l'entreprise devant être appréhendées le plus rigoureusement possible par ce dernier afin qu'il puisse élaborer une politique de prévention. De simples actions de prévention prises par l'employeur ne suffisent plus, une véritable obligation générale de sécurité lui incombe.

43. Le CHSCT a, selon Pierre-Yves Verkindt⁷¹, été l'institution représentative du personnel qui a le plus vu ses compétences élargies par l'extension de la notion des conditions de travail. L'attention accrue faite à la santé mentale et physique, puis à l'organisation et aux relations de travail, jusqu'à la prise en considération des risques psychosociaux aujourd'hui, caractérisent toutes les déclinaisons de ces conditions de travail dont le comité a compétence⁷². Cette participation à la détermination collective des conditions de travail est également accolée à la participation à la gestion des entreprises.

44. L'ordonnance n°59-126 du 7 janvier 1959 a créé un dispositif facultatif de participation financière : l'intéressement⁷³ et plus particulièrement à cet instant : la participation au capital⁷⁴. Celle-ci se fait par la conclusion d'une convention collective entre l'employeur et les représentants de syndicats affiliés aux organisations syndicales les plus représentatives dans

⁶⁷ Décret n°47-1430 du 1^{er} août 1947, JO du 2 août 1947 portant règlement d'administration publique en ce qui concerne l'institution de comités d'hygiène et de sécurité dans les établissements soumis aux dispositions du Titre II du livre II du Code du travail

⁶⁸ Loi n°73-1195 du 27 décembre 1973 JO du 30 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail

⁶⁹ Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, directive cadre modifiée par la Directive 2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007

⁷⁰ Par la loi n°91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels

⁷¹ « Les CHSCT au milieu du gué, trente-trois propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail » Rapport de P.Y VERKINDT au Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social

⁷² Ancien articles L. 2323-27 et suivants

⁷³ Forme de participation financière dans l'entreprise par l'association collective des salariés aux résultats et aux performances de l'entreprise. Il doit avoir un caractère aléatoire et se traduit par une formule de calcul reposant sur ses performances et résultats

⁷⁴ Dispositif visant à développer et encourager l'actionnariat des salariés par la création de titres suite à un bénéfice intégré au capital de l'entreprise

la branche d'activité ou par l'application d'un contrat type, proposé par le chef d'entreprise au personnel qui doit le ratifier à la majorité des deux tiers⁷⁵. La mise en place d'un tel intéressement repose aujourd'hui encore, dans le Code du travail, sur la consultation des travailleurs eux-mêmes ou l'accord de leurs représentants⁷⁶.

45. A ce dispositif de participation financière facultatif, s'est ajoutée la participation aux résultats de l'entreprise, mode de participation obligatoire⁷⁷, introduit par l'ordonnance n°63-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises.

46. Un approfondissement de ces modes de participation est entrepris par le législateur. Ils sont étendus au secteur public et approfondis dans les entreprises privées, à cela s'adjoint un nombre croissant de privatisations⁷⁸. Ces modes de participation, associés aux différents comptes d'épargne salariale⁷⁹, permettent de placer les sommes qui en sont issues. Cette participation financière est encouragée par le législateur afin que les entreprises intègrent leurs salariés à leur développement et que ceux-ci en retirent un profit.

47. Le déploiement normatif des modes de participation sera d'abord soutenu par le juge constitutionnel, impulsion qui sera reprise par la Cour de cassation puis par le Conseil d'état.

Section II - Une reconnaissance législative renforcée par le volontarisme des juges

48. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame « comme particulièrement nécessaires à notre temps » des principes politiques, économiques et sociaux au titre desquels figure à l'alinéa 8 que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». La doctrine a, par ailleurs, relevé qu'à l'instar de ce Préambule est accordée une

⁷⁵ Ordonnance n°59-126 du 7 janvier 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, article premier

⁷⁶ C. trav. Art. L. 3312-5

⁷⁷ Le seuil rendant obligatoire sa mise en place était en 1959 de 100 salariés, il est ensuite abaissé à 50 salariés par la loi n°90-1002 du 7 novembre 1990 modifiant l'ordonnance n°86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés

⁷⁸ Le but étant d'encourager l'actionnariat des salariés dans leur entreprise, la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations permet aux salariés de bénéficier de réduction des prix des titres, de bénéficier de délais de paiement voire même de recevoir gratuitement des titres

⁷⁹ Plan épargne d'entreprise, plan d'épargne pour la retraite collectif, institués respectivement par l'ordonnance n°67-694 du 17 août 1967 créant les plans d'épargne d'entreprise et la loi n°2003-775 du 21 août 2004 portant réforme des retraites

place importante aux droits du travailleur⁸⁰. Le principe de participation sera cependant critiqué par la doctrine, cette dernière trouvant sa rédaction trop générale⁸¹.

49. En 1975, les sages rendent une décision emblématique en droit français. C'est à l'occasion de la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* à l'égard de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 autorisant le recours à l'interruption volontaire de grossesse que le principe est consacré. Par une décision rendue le 15 janvier 1975⁸², le juge constitutionnel déclare conforme à la Constitution la loi, après l'avoir confrontée aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ainsi qu'à celles du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ainsi, le juge constitutionnel incorpore ces deux textes fondamentaux au bloc de constitutionnalité et leur confère, de ce fait, valeur constitutionnelle. Bien qu'il ne soit fait aucune référence au principe de participation des travailleurs dans cette décision, le Préambule se voit reconnaître une valeur constitutionnelle ce qui a pour conséquence implicite de l'étendre à son entier contenu. Par la suite, le Conseil constitutionnel ne rend aucune décision dans l'immédiat mettant fin aux doutes sur la valeur du principe de participation.

50. Ce n'est que plus tard que le juge constitutionnel va affirmer, de manière expresse, la valeur constitutionnelle du principe de participation des travailleurs⁸³.

51. Toutefois, le principe n'est pas délaissé puisque le Conseil constitutionnel lui reconnaît en 1977 une portée considérable. Par sa décision n°77-79 DC du 5 juillet 1977, le Conseil juge que « si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes

⁸⁰ R. PELLOUX, Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946., RDP 1947, p 347 spéc. p. 372, lequel fait référence à un réel « statut du travailleur »

⁸¹ I. ODOUL-ASOREY « Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit », coll « Bibliothèque de droit social », tome 59, LGDJ, 2013, préface M.-A. SOURIAU, prix de thèse de AFDT

⁸² Cons. const., n°74-54 DC du 15 janvier 1975 interruption volontaire de grossesse, GDCC, 15^{ème} éd. 2009. N°17 ; Gr. Délib. CC2009. N°21 ; GADS 2010. n°20

⁸³ Dans ce sens plusieurs décisions : Cons. const. 28 janvier 2011, Féd. Nat CGT des personnels des organismes sociaux, n°2010-91 QPC, AJDA 2011, 192 ; Cons. const. 7 octobre 2010, CGT-FO et autres n°2010-42 QPC, D. 2011. 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; Constitutions 2011. 89, obs. C. RADE

qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre, ce qu'il fait dans le cas de l'espèce »⁸⁴.

52. En 1993, le juge constitutionnel maintient cette position et la précise en considérant « qu'il revient au législateur de déterminer dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en œuvre ; »⁸⁵ cette formulation est, aujourd'hui, devenue courante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

53. Bien que l'intervention du législateur paraisse circonscrire sa portée, cela permet en réalité d'en préciser et d'en asseoir le contenu. La décision en question permet ainsi au principe de participation de se concrétiser par le biais du législateur et de s'affranchir alors de son libellé abstrait.

54. Le Conseil constitutionnel précise cependant que le législateur a le pouvoir de laisser « aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre qu'il édicte ; »⁸⁶ Le juge constitutionnel consacre par la même décision⁸⁷ le principe de l'ordre public social qu'il avait auparavant qualifié de principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution⁸⁸. Selon ce principe propre au droit social, il est possible pour les employeurs et leurs salariés, ou les organes les représentant, d'établir des dispositions plus favorables par convention ou accord collectif, que celles préalablement⁸⁹ déterminées par le législateur. A cette occasion, le Conseil constitutionnel établit un lien direct entre la négociation collective et le principe de participation des travailleurs, composante majeure du principe. Cela pourrait être considéré comme une consécration constitutionnelle de la négociation collective cependant, celle-ci ne se verra jamais reconnaître de manière explicite une telle valeur. En outre, il sera possible pour le législateur de ne pas s'adresser aux organisations représentatives mais à

⁸⁴ Cons. const., n°77-79 DC du 5 juillet 1977, Rec. Cons. const., p. 35 ; D., 1979, p. 41, note L. HAMON ; JCP, 1979, II, n°19-186, note DEBENE; Pouvoirs, 1977, n°3, p. 179, Chron. P. AVRIL et J. GICQUEL ; RDP, 1978, p. 825, Chron. L. FAVOREU

⁸⁵ Cons. const., n°93-328 DC du 16 décembre 1993, Rec. Cons. const., p. 547 ; n° 97-388 DC du 20 mars 1997, recueil page 31 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, recueil page 33 ; JO 21 déc. 1993, consid. 3 ; Dr. soc. 1994, 139, étude X. PRETOT

⁸⁶ Cons. const., n°89-257 DC du 25 juillet 1989, Rec. Cons. const., p.59, AJDA, 1989, p. 796, note F. BENOIT-ROMER ; Dr. soc., 1989, p. 701, note X. PRETOT

⁸⁷ Cons. const. préc.

⁸⁸ Cons. const., n° 67-46 Loi du 12 juillet 1967, Rec. P.31 ; RJC p.II-29. Cf. n°114 et s.

⁸⁹ La question s'est posée de savoir si les organisations représentatives devaient être informées et consultées lorsqu'un projet de loi est présenté, cette possibilité n'a pas été retenue. Voir. Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC ; AJDA 1998. 540 ; ibid. 495, note J.-E. SCHOETTL ; D. 2000. 60, obs. L. FAVOREU ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. MOLFEISSIS ; ibid. 1999. 78, obs. J. MESTRE.

l'employeur qui après concertation pourra prendre la décision de mettre en œuvre les principes fondamentaux édictés par la loi⁹⁰.

55. Il demeure que le principe de participation des travailleurs a été l'un des premiers principes particulièrement nécessaire à notre temps à se voir reconnaître une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel⁹¹.

56. Cette consécration confère au principe une importance symbolique mais également un rempart face aux textes législatifs qui l'ignorerait, et ce grâce au contrôle de constitutionnalité. En effet, l'introduction dans la Constitution du 4 octobre 1958 du contrôle de constitutionnalité *a priori* remet, partiellement, en cause le légicentrisme. Cette doctrine qui régnait depuis la Révolution⁹², selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale et qu'en conséquence elle ne peut être contraire à la Constitution. Ce pouvoir de contrôler les lois avant qu'elles ne soient promulguées est conféré au Conseil constitutionnel. Ce contrôle de constitutionnalité devient plein et entier avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁹³ qui introduit la question prioritaire de constitutionnalité. Celle-ci se concrétise par un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, lequel permet au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi, de contrôler la conformité d'une loi en vigueur, à la Constitution. En conséquence, les lois édictées en matière sociale peuvent être contrôlées par le juge constitutionnel face aux normes constitutionnelles. Tel qu'il en fut le cas pour la décision n°2016-736 DC du 4 août 2016 portant sur la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, pour laquelle le Conseil constitutionnel a confronté les dispositions à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

57. Par ailleurs, la question prioritaire de constitutionnalité a eu un certain succès en matière sociale puisqu'entre mars et décembre 2010 sont posées pas moins de dix questions, principalement relatives aux critères de représentativité des syndicats. De ces questions, le droit syndical et le principe de participation des travailleurs se sont trouvés mieux définis⁹⁴. Par

⁹⁰ X. PRETOT, « *Les bases constitutionnelles du droit social* », Dr. soc. 1991, p. 187

⁹¹ L. PHILIP « *La valeur du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel* » in Mélanges dédiés à Robert PELLOUX, L'Hermès, 1980, p. 265, spéc. p. 274

⁹² D. CHAGNOLLAUD DE SABOURET « *Droit constitutionnel contemporain 1, Théorie générale, Les régimes étrangers, Histoire* » 9^e édition, Cours dalloz, 2017

⁹³ Création de l'article 61-1 de la Constitution par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JO n°171 du 24 juillet 2008

⁹⁴ V. BERNAUD et L. GAY, « *Droit constitutionnel, le Conseil constitutionnel et le droit social* », Rec. Dalloz 2011 p. 1713

conséquent, le principe de participation en tant que principe constitutionnel ainsi que le contrôle de constitutionnalité se sont renforcés mutuellement.

58. La Cour de cassation a également contribué à cette consécration du principe de participation avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, principalement en refusant de transmettre au Conseil constitutionnel certaines questions⁹⁵.

59. Or, avant qu'il ne soit reconnu une valeur constitutionnelle au principe par le juge constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat se montraient prudents. Les Hautes juridictions et la doctrine étaient favorables à ce que soit reconnue la juridicité au Préambule de 1946, tout en étant réticent à l'égard de certaines dispositions, telle que celle du huitième alinéa⁹⁶.

60. Le juge administratif et plus particulièrement le Conseil d'Etat ont refusé de reconnaître la juridicité du principe de participation⁹⁷, pas même par le biais des principes généraux du droit⁹⁸. Ce dernier maintiendra sa position peu après que le Conseil constitutionnel lui ait reconnu valeur constitutionnelle, et se contentera alors de le restreindre à un « objectif à atteindre auquel les constituants ont réaffirmé leur attachement »⁹⁹, l'alinéa 8 du Préambule ne se voyant alors conféré qu'une valeur déclarative.

61. Par la suite, le Conseil d'Etat suivra implicitement la vision du juge constitutionnel sans donner d'applicabilité directe au principe de participation, considérant que « les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent »¹⁰⁰. Autrement dit cela signifie que le Conseil refusait d'étendre l'application du principe à des cas autres que ceux expressément prévus par un texte légal ou réglementaire, les juges refusaient ainsi toute interprétation ou extension, même minime du principe de participation, comme ce fut le cas dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 juillet 1986¹⁰¹. Désormais le juge administratif accepte de reconnaître une applicabilité directe à l'alinéa 8 du

⁹⁵ V. BERNAUD, « *Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit du travail* », Dr. soc. 2011. 141

⁹⁶ I. ODOUL-ASOREY « *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit* », coll « Bibliothèque de droit social », tome 59, LGDJ, 2013, préface M.-A. SOURIAU, prix de thèse de AFDT

⁹⁷ CE Sect, 15 février 1961 ; *Sieur Leseur et autres*, Rec p. 115

⁹⁸ CE. Ass., 28 juin 1974, *Fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux de la CFDT*, Rec. P. 380 ; RTDSS 1974, p. 699, concl. Bertrand

⁹⁹ CE 15 décembre 1978, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Concl. Latournerie, D. 1979, juris, p. 329

¹⁰⁰ CE 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, n°67176 : Lebon 586 ; RD publ. 1987. 250

¹⁰¹ CE 9 juillet 1986, préc

Préambule de 1946¹⁰², en faisant explicitement référence au « principe constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail »¹⁰³.

62. La Cour de cassation s'est montrée moins réticente à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de participation, cependant il a fallu que le Conseil constitutionnel fasse le premier pas pour que celle-ci s'y aligne. La chambre sociale avait pourtant trouvé un appui dans le Préambule de 1946 lors d'un contentieux relatif au droit de grève¹⁰⁴, avant même que le texte ne soit consacré. Avant 1977, aucune référence n'était faite à l'alinéa 8 du Préambule de 1946 par la chambre sociale, le Conseil d'Etat et la doctrine ne la voyaient que « comme une norme programmatique, une simple directive à l'usage du législateur »¹⁰⁵ ce qui freinait la Cour de cassation. Entre 1977 et 2000, un seul arrêt fait référence au principe de l'alinéa 8 du Préambule de 1946¹⁰⁶, bien que les décisions *Perrier*¹⁰⁷ en date de 1974 relatives au licenciement des salariés protégés, se soient appuyés sur le principe de participation de manière implicite. Cela se traduisant par un refus de la Cour de cassation d'exercer un contrôle sur le licenciement en question, considérant que la loi leur avait reconnu une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, interdisant à l'employeur de résilier leur contrat autrement que par autorisation administrative, du fait de leur mandat de représentant du personnel.

63. La dynamique va nettement changer à partir des années 2000. Entre 2000 et 2011, vingt-cinq arrêts citant l'alinéa 8 ont été rendus par la Cour de cassation, dont douze arrêts de cassation¹⁰⁸. Cette disposition est à chaque fois invoquée avec l'alinéa 6 du même Préambule relatif à la liberté syndicale, exception faite de l'arrêt du 4 mars 2009 n°07-20.627. Durant ces

¹⁰² CE, Sect., 19 octobre 2005, CGT, n°283892 : Lebon 434 ; RJEP 2005. 512, concl. Devys ; JCP E 2005. 1652, note Morvan

¹⁰³ CE 19 mai 2006, n°274395, Fédération des employés et cadres CGT-FO, Sales, Lebon T.761 ; AJDA 2006. 1807

¹⁰⁴ Cass. Soc., 1^{er} juin 1951, deux arrêts, P. Durand, Le nouveau droit jurisprudentiel de la grève., Dr. Soc 1951 p.526

¹⁰⁵ V., V. BERNAUD, « *L'application de la Constitution par le juge judiciaire...en droit social – 2000-2011 : analyse de l'évolution des arrêts de la chambre sociale rendus sur le fondement des alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de 1946* », in A. MARTIGNON et F. PETIT (dir.), Le juge judiciaire et la Constitution, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012. 95

¹⁰⁶ V., V. BERNAUD, préc

¹⁰⁷ Cass., Ch. Mixte du 21 juin 1974, n°71-91.225. *Castagné et autres c. Epry et Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises*, Bull, civ. D. 1974. 593, concl. A. TOUFFAIT ; H. SINAY, Un tournant du droit du travail : les arrêts *Perrier*, D. 1974, Chron. 237 ; R. LATOURNERIE, L'interprétation des textes assurant la protection des représentants du personnel dans les entreprises, D. 1975, Chron. 103

¹⁰⁸ Cass., soc 28 sept. 2011, n°10-19.113 ; 28 sept. 2011, n°10-21.294 ; 18 mai 2011, n°10-60.264 ; 17 mai 2011, n°10-12.852 ; 13 oct. 2010, n°09-13.109 ; 26 mai 2010, n°09-60.393 ; 31 mars 2010, n°09-60.115 ; 10 mars 2010, n°09-60.246 ; 10 mars 2010, n°09-60.282 ; 8 déc. 2009, n°08-43.158 ; 4 déc. 2007, n°06-43.749 ; 10 oct. 2007, n°06-42.721 ; 12 sept. 2007, n°06-41.841 ; 6 déc. 2006, n°06-60.008 ; 12 oct. 2006, n°05-15.069 ; 31 mai 2006, n°04-14.060 ; 17 sept. 2004, n°01-10.706 ; 26 sept. 2002, n°01-60.715 et n°01-60.758 ; 26 mars 2002, n°00-17.231

onze années, plus de la moitié des décisions rendues se concentrent entre 2009 et 2011, soit après l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité et de la réforme du 20 août 2008, un véritable regain en découle. Les juges comme les justiciables s'appuient sur ce principe constitutionnel et croient en son efficacité. Aujourd'hui encore cette dynamique est visible, le Conseil constitutionnel ainsi que la Cour de cassation s'attachent à promouvoir le principe¹⁰⁹.

64. Cet essor peut cependant être nuancé. L'alinéa 8 est en réalité, presque constamment invoqué avec l'alinéa 6 ce qui peut faire douter de sa capacité à convaincre. Sa portée seule, peut paraître trop imprécise pour servir les contestations invoquées, l'alinéa ne protégeant pas une liberté clairement identifiée mais une pluralité de déclinaisons¹¹⁰. La chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas pu suivre l'élan du Conseil constitutionnel¹¹¹, celle-ci n'ayant pas réussi à affirmer la portée que revêt l'alinéa 8. Elle y est cependant parvenue concernant la liberté syndicale et le droit de grève.

65. Il demeure que la portée du principe de participation des travailleurs s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle malgré l'obscurité de son libellé. L'alinéa 8 revêt ainsi un caractère d'autorité certain que toutes les normes de valeur inférieure doivent respecter. A cela s'ajoute de nombreux dispositifs, mis en place par voie d'ordonnance ou par la loi, comme vus précédemment, qui contribuent à la concrétisation de l'alinéa 8 du Préambule de 1946.

66. L'autorité ainsi conférée au principe de participation a été approfondie par une extension des droits et mécanismes de droit du travail qu'il recouvrait mais également par un élargissement des travailleurs auxquels il bénéficie.

¹⁰⁹ Y. FERKANE, « *De quelques usages du principe de participation* », Cass., soc 4 oct. 2017, n°16-17.517 Bull ; Cons. const. 4 août 2017, n°2017-652 QPC, RDT 2018, p. 87

¹¹⁰ O. DESAULNAY, « *L'application de la Constitution par la Cour de cassation* », coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Dalloz 2009, spéc. p. 244 s.

¹¹¹ V. BERNAUD, « *Vers un renouvellement du droit constitutionnel du travail par les décisions QPC ?* », Dr. soc. Nov 2011. 1011

Chapitre II - Une expansion matérielle et personnelle du principe de participation

67. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 a ainsi connu un véritable essor par la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle. Bien que le libellé de cette disposition manque de clarté, diverses expressions et « travailleurs » du principe de participation vont être qualifiés sur ce fondement. Sous l'impulsion du juge constitutionnel notamment, avec l'appui de la doctrine et de la Cour de cassation, le principe de participation a pu prendre différents aspects (Section I) que davantage de travailleurs peuvent désormais revendiquer, grâce à un élargissement des titulaires par le juge (Section II).

Section I – L'extension matérielle du champ d'application du principe

68. A la simple lecture de l'alinéa 8 du Préambule de 1946, une juxtaposition est visible. D'abord est énoncée la détermination collective des conditions de travail des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, puis est abordée la gestion des entreprises par ces mêmes acteurs.

69. Le principe de participation s'exerce en tous les cas « par l'intermédiaire de leurs délégués ». La désignation de ces représentants est un préalable indispensable qui les habilite à exercer, par la suite, leur droit à la participation. Ce prérequis fait également partie de l'expression de leur droit de participation des travailleurs en choisissant leurs représentants¹¹². A cet effet, bien que les organisations syndicales se soient vu reconnaître une « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs »¹¹³, elles n'en sont pas les seules détentrices.

70. Toutefois, leur légitimité a été renforcée par la réforme de 2008¹¹⁴ qui a mis un terme à la présomption irréfragable de représentativité existant autrefois au bénéfice de toute organisation syndicale affiliée à l'une des cinq confédérations syndicales considérées comme représentatives sur le territoire national¹¹⁵. Depuis, la loi impose aux organisations syndicales de cocher sept conditions afin d'être considérées comme représentatives et ainsi pouvoir désigner un délégué syndical habilité à négocier¹¹⁶. Celles-ci sont alors élues par les salariés de

¹¹² I. ODOUL-ASOREY, « *La négociation collective, confortée par le principe de participation ?* », Dr. soc 2015, p. 987

¹¹³ Cons. const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC, préc.

¹¹⁴ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

¹¹⁵ CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC et CFE-CGC

¹¹⁶ C. trav. Art. L. 2121-1 qui impose aux organisations syndicales : Le respect les valeurs républicaines ; l'indépendance ; la transparence financière ; une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et

l'entreprise et doivent recevoir, depuis lors, au moins 10% des suffrages au premier tour des élections. Ce critère de l'audience a été contesté et a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité¹¹⁷. Cependant, au lieu de transmettre la question au Conseil constitutionnel, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, a considéré que la contestation n'était pas sérieuse et que la disposition ne portait aucune atteinte au principe de la liberté syndicale. La Cour de cassation a, au contraire, considéré qu'un tel critère assurait l'effectivité du principe de participation, en ce que cette représentation des salariés était légitimée par le vote¹¹⁸. Le Conseil constitutionnel a cependant considéré qu'il ne fallait pas nécessairement être élu pour intégrer les organes de surveillance des sociétés¹¹⁹.

71. La détermination collective des conditions de travail est celle qui est la mieux définie par les juges, la participation des travailleurs à la gestion des entreprises est au contraire plus restreinte, le Conseil constitutionnel n'y voyant qu'un droit à l'information et à la consultation du comité d'entreprise¹²⁰.

72. Néanmoins, selon Isabel ODOUL-ASOREY, il ne fait aucun doute que l'alinéa 8, sans en faire mention, fasse référence à la négociation collective¹²¹. Celle-ci s'est, depuis 1982, étendue et s'est déclinée par différentes normes, à commencer par les accords nationaux interprofessionnels¹²², les accords de branche ou encore les accords d'entreprise. Le Conseil constitutionnel a fortement contribué à cette concrétisation du principe de participation, premièrement en élargissant les possibilités de recourir à la négociation collective au lieu de solliciter l'intervention du législateur¹²³. Secondement en renforçant l'autorité de l'accord collectif.

géographique couvrant le niveau de négociation ; l'audience établie selon les niveaux de négociation ; l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience et les effectifs d'adhérents et les cotisations

¹¹⁷ Les syndicats requérants prétendaient qu'une telle dispositions violait l'alinéa 6 du Préambule de 1946 (Liberté syndicale), l'alinéa 8, ainsi que le principe constitutionnel de sécurité juridique (obligation de clarté et d'intelligibilité de la loi)

¹¹⁸ Cass., ass. plén., QPC, 18 juin 2010, n^{os} 10-40.005 et 10-40.007, publiés au Bulletin ; RDT 2010. 374, rapp. J.-M. BERAUD ; Cass., ass. plén., 18 juin 2010, n^o 10-40.005 ; D. 2010. 2264, note V. BERNAUD et F. PETIT ; *ibid.* 2011. 840, obs. Equipe de recherche en droit social de Lyon 2

¹¹⁹ Cons. const., 20 juill. 1983, n^o83-162 DC, loi relative à la démocratisation du secteur public, JO du 22 juill., p. 2267 : non-conformité partielle – HAMON, « *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Dr. soc. 1983. 159.

¹²⁰ Cons. const. 16 déc 1993, n^o93-328 DC §10, préc

¹²¹ I. ODOUL-ASOREY, préc.

¹²² Devenus des préalables aux lois.

¹²³ Cons. const. 25 juill. 1989, n^o89-257 DC, préc.

73. La négociation collective a connu une dynamique de « décentralisation » allant « de la hiérarchie à l'articulation des sources »¹²⁴ du droit du travail. Le processus a commencé en 1982 avec l'introduction des accords dérogatoires, il a été poursuivi par la loi du 4 mai 2004¹²⁵. Quatre ans plus tard, la présomption irréfragable de représentativité est abrogée et le contrôle de la représentativité réelle des syndicats de salariés sur la base des élections professionnelles est institué¹²⁶. Puis est venue le tour de la mesure de la représentativité patronale¹²⁷.

74. Les Hauts magistrats ont pris une part importante dans ce développement de la négociation collective¹²⁸. Qu'il s'agisse de la décision du Conseil constitutionnel du 29 avril 2004 par laquelle il a considéré que le principe de faveur n'était pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République mais un principe fondamental de droit du travail¹²⁹, ou l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 juin 2011, une idée transparaît, « la norme négociée s'affirme progressivement comme une norme autonome en droit du travail » ce qui présente quatre atouts. Elle se traduit par une meilleure adaptation aux entreprises car créée par ses protagonistes, porteuse de nouvelles solutions, mieux connue et donc mieux appliquée par les entreprises que la loi et enfin bien plus stable que le Code du travail qui fait sans cesse l'objet de réformes¹³⁰, phénomène qui s'intensifie.

75. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé que le législateur, après avoir défini les droits et obligations relatifs aux conditions de travail ou aux relations du travail, peut laisser le soin aux employeurs et aux salariés, ou leurs organisations représentatives, après une concertation appropriée, de déterminer les modalités concrètes de mise en œuvre des normes édictées en droit du travail¹³¹. Le juge constitutionnel rappelle que cette possibilité demeure un choix pour le législateur, à savoir qu'il peut décider de renvoyer au décret ou à la convention

¹²⁴ Not. J.-E. RAY, « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2014, n°45, p. 21.

¹²⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 qui a ouvert la faculté de négocier des accords collectifs pouvant déroger à des accords plus larges, tels que les accords de branche ou les accords interprofessionnels

¹²⁶ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

¹²⁷ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale

¹²⁸ B. MATHIEU, « *La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail* », *D.* 2003. 368 ; J.-E. SCHOETTL, La loi « Fillon I » devant le Conseil constitutionnel, *LPA* 2003, n° 14, p. 11

¹²⁹ En décidant cela, le Conseil constitutionnel décide que le principe de faveur (ordre public social) ne peut déroger au principe de participation qui a valeur constitutionnelle et en particulier il ne peut faire échec à une convention ou un accord collectif qui prévoirait des dispositions moins favorables que la loi ou le règlement. Voir en ce sens. *Cons. const.* 29 avr. 2004, n°2004-494 DC, *D.* 2004. 3029, obs. X. PRETOT et D. CHELLE ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; *RFDA* 2005. 409, note L. DARDALHON ; *RTD civ.* 2005. 93, obs. P. DEUMIER

¹³⁰ In « *Treize paradoxes du droit du travail* », numéro spécial dirigé par Philippe WAQUET, *Semaine sociale Lamy*, Suppl. no 1508, 10 octobre 2011.

¹³¹ *Cons. const.* 25 juill. 1989, n°89-257 DC, *Rec. Cons. const.* 59 ; *Dr. soc* 1989. 627 ; *AJDA* 1989. 796, note BENOIT-ROHMER

collective¹³². Il est tout de même venu préciser que la voie décrétable, si elle est choisie par le législateur, ne pourra intervenir qu'en l'absence de convention collective, le décret n'ayant qu'un caractère subsidiaire¹³³. Cette situation s'est présentée notamment dans le cadre de la réglementation de l'exercice du droit de grève¹³⁴. La convention collective peut alors dans certains cas déterminés, être la voie normale de mise en œuvre de la loi¹³⁵.

76. L'accord collectif de travail a pris une importance particulière sous l'impulsion du Conseil constitutionnel, lequel protège les conventions collectives de travail en cours légalement conclues en s'appuyant sur des dispositions de valeur constitutionnelle¹³⁶. Le juge constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur l'articulation entre l'accord collectif et le contrat de travail¹³⁷. A cette occasion, il s'est appuyé sur le principe de participation pour considérer qu'une répartition des horaires de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas en elle-même une modification du contrat de travail exigeant un accord préalable de chaque salarié. Toutefois, cela n'est possible qu'à condition qu'un accord collectif, applicable à l'entreprise et qui permet une telle modulation ait été préalablement conclu¹³⁸.

77. En 2015, la Cour de cassation a conféré une force sans précédent à l'accord collectif en s'appuyant sur le principe de participation¹³⁹. Ce revirement de jurisprudence¹⁴⁰, en matière

¹³² La convention collective pouvant alors servir de règlement d'application de la loi ; Cons. const. 16 août 2007, n°2007-556 DC §7

¹³³ Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2019, préc.

¹³⁴ Cons. const. 16 août 2007, n°2007-556 DC §5, 6, 7 et 8

¹³⁵ Cons. const. 9 décembre 2004, n°2004-507 DC §11, D. 2005. 1133, obs. OGIER-BERNAUD et SEVERINO

¹³⁶ Le juge constitutionnel s'appuie sur le principe de participation du Préambule de 1946 mais également sur les articles 4 (la liberté, dont les limites ne peuvent être apportées que par la loi) et 16 (la séparation des pouvoirs) de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; Cons. const., 13 janv. 2013, n° 2002-465 DC. D. 2003. 642

¹³⁷ Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC. AJDA 2012. 574 ; RFDA 2012. 528, chron. A. ROBLLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; Constitutions 2012. 267, chron. J. BENETTI

¹³⁸ Un motif d'intérêt général suffisant doit cependant être caractérisé pour que cet accord collectif s'impose aux stipulations du contrat de travail des salariés concernés

¹³⁹ Cass. Soc., 27 janv. 2015, n°13-22.179, 13-25.437, 13-14.773, 13-14.908, 14-13.569, 13-23.818 et 13-23.850 ; D. 2015. 270, obs C. c. cass ; *ibid* 829, obs. J. PORTE et P. LOKIEC ; Dr. soc. 2015. 237, étude A. FABRE ; *ibid.* 351, étude P.-H. ANTONMATTEI ; RDT 2015. 339, obs. E. PESKINE ; *ibid.* 472, obs. G. Pignarre ; D. 2015. 829, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; v. not. C. RADE, Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation, Lexbase hebdo, 5 févr. 2015 ; L. PECAUT-RIVOLIER, L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement », Sem. soc. Lamy 2015, n° 1663 ; J.-M. BERAUD, LSQ 3 févr. 2015 ; JCP S 2015. 1054, J. DANIEL ; JCP 2015. 261, obs. 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. 155 ; G. PIGNARRE, Égalité de rémunération entre les femmes et les hommes et droit conventionnel collectif : entre évolution et révolution, RDT 2015. 472

¹⁴⁰ Avant cette date, la jurisprudence considérait que la seule différence de catégorie professionnelle ne suffisait pas à justifier pour l'attribution d'une prime ou d'un avantage résultant d'un engagement unilatéral ou d'une convention collective, une différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage

de différence de traitement entre catégories professionnelles établies par accord ou convention, sacralise la norme collective en réduisant amplement le contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet. Ainsi, la chambre sociale renverse la charge de la preuve¹⁴¹ et considère que ces accords ou conventions sont présumés justifiés dès lorsqu'ils sont négociés et signés par des organisations syndicales représentatives¹⁴². Il faut garder à l'esprit que cette solution ne concerne que les accords négociés et signés par des organisations syndicales représentatives. Aussi le fondement choisi peut paraître surprenant, voire en décalage avec la solution rendue. En effet la Cour de cassation se fonde sur le principe d'égalité de traitement alors même qu'à la lecture de la solution rendue celle-ci devrait plus logiquement être fondée sur le principe de participation des travailleurs, or aucune mention n'en est faite dans l'arrêt. Cette jurisprudence se montre alors instable et une occasion d'affermir le principe de participation est manquée. Concernant le renforcement de l'accord collectif, celui-ci est bel et bien réel toutefois la présomption posée par la Cour peut toujours être renversée. La seule brèche laissée ouverte pour contester ces accords implique de démontrer que la différence de traitement stipulée est « étrangère à toute considération de nature professionnelle ». Il semblerait ainsi que seules les différences de traitement relevant de considérations totalement étrangères au monde du travail pourraient être contestées. La solution ne concerne cependant que les accords majoritaires¹⁴³, ainsi la Cour de cassation consacre non seulement l'accord collectif mais l'ensemble du processus de participation, de l'élection des organisations syndicales représentatives à la conclusion d'une norme collective.

78. Or, par cette décision, certes la Cour de cassation renforce considérablement l'autorité des accords collectifs, cependant, il n'est pas certain que cela conforte le principe de participation par la même occasion. En effet, dans son attendu la chambre sociale semble réduire la participation des travailleurs à la simple désignation, habilitation de leurs représentants, sous entendant qu'une fois désignés, les délégués élus ont les pleins pouvoirs et ne peuvent voir les normes du travail qu'ils édictent, remises en question¹⁴⁴. Le mandat représentatif entre travailleurs et leurs représentants n'est alors pas effectif puisque ces derniers

¹⁴¹ Désormais celle-ci incombe à celui qui conteste le bien fondé des différences de traitement

¹⁴² Lesquelles sont « investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote »

¹⁴³ Ne sont donc pas concernés les accords atypiques, accords qui ne sont pas conclus par les délégués des salariés élus par ces derniers, et qui n'ont pas la valeur que les accords collectifs revêtent, les accords minoritaires, ainsi que les usages et autres engagements unilatéraux de l'employeur

¹⁴⁴ P. LOKIEC, « *Qui dit conventionnel dit juste, L'avènement d'un nouveau dogme* », JCP. S. 2015. 282

agissent au nom et pour le compte des premiers, or une fois désignés ils n'ont qu'une très étroite marge de manœuvre pour remettre en cause l'œuvre de leurs représentants.

79. Au surplus, conférer une telle légitimité à l'accord collectif conforte nécessairement celle des organisations syndicales représentatives qui l'ont conclu mais fait également prédominer l'aspect collectif sur l'aspect individuel dans les sources du droit du travail. Selon Georges BORENFREUND¹⁴⁵, le principe de participation est érigé en « instrument de soumission pure et simple du sujet individuel à l'accord collectif ». L'imperméabilité qui règne entre le contrat de travail et l'accord collectif, ne fait plus que du contrat de travail du salarié un rempart lui permettant, éventuellement, de bénéficier de quelques dispositions plus favorables à celles que la loi ou la convention collective lui offrent¹⁴⁶. Or, il est difficile de reconnaître que ce droit à la participation, parce que ses parties contractantes sont investies des prérogatives de négociation et de conclusion d'un accord, les dédouane de respecter les dispositions légales applicables et les stipulations figurant dans les contrats de travail de chaque travailleur. Le respect des droits fondamentaux se voit compromis, tout comme la portée du contrat individuel¹⁴⁷.

80. Tout autant qu'il est difficile de trouver une justification à un accord désavantageux et donc que le droit à la participation des travailleurs puisse être utilisé dans d'autres intérêts que les leurs¹⁴⁸. Cette inquiétude se ressent davantage par l'esprit des dernières réformes du droit du travail et du dialogue social.

81. Plus mesuré, le juge constitutionnel a déclaré que le maintien du principe de participation requiert le respect de garanties. Il a, à cet effet, considéré que devait être assurée une « concertation appropriée entre les salariés et les employeurs ou leurs organisations représentatives »¹⁴⁹, cette formulation reste cependant lacunaire. Il a également considéré que les délégués des travailleurs doivent, pour que le principe de participation soit garanti, disposer

¹⁴⁵ G. BORENFREUND, La volonté des salariés dans les relations collectives de travail, in T. SACHS (dir.), la volonté du salarié, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012. 28

¹⁴⁶ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », Dr. soc 2014. p. 438

¹⁴⁷ Soc., 27 jan. 2015, n°13-22.179 ; 13-25.437 ; 13-14.773 ; 13-14.908 ; 14-13. 569 ; 13-23.818 et 13-23.850, voir

A. FABRE, « Les négociateurs sociaux « seuls juges » du principe d'égalité », Dr. soc 2015. 237

¹⁴⁸ J. Diringier, « La représentation collective des salariés : bagatelle ou sentinelle ? », Dr. soc 2018. 253

¹⁴⁹ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC., G. LYON-CAEN, « La Constitution française et la négociation collective : commentaire de la décision n° 96-383 DC par un esprit « non prévenu », Dr. ouvrier 1996. 479; M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », Dr. soc. 1997. 25 ; X. PRETOT, Les bases constitutionnelles de la négociation collective, TPS, janv. 1997, p. 4 ; Ph. ANTONMATTEI, À propos du développement de la négociation collective, Dr. soc. 1997. 164 ; J.-M. VERDIER, Négociation la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?, *op. cit.*

d'un statut protecteur¹⁵⁰ et d'une indépendance de celui-ci à l'égard de l'employeur¹⁵¹ mais également d'un accès à l'information¹⁵².

82. Quelques garde-fous sont posés, le Conseil constitutionnel a depuis longtemps rappelé qu'un accord collectif ne peut contenir des stipulations contraires à une liberté à valeur constitutionnelle¹⁵³. Plus récemment, la chambre sociale de la Cour de cassation a réitéré le nécessaire respect du contenu des accords collectifs aux droits et libertés à valeur constitutionnelle¹⁵⁴.

83. Toutefois, l'accord collectif n'est pas une norme systématique. La négociation collective qui découle du principe constitutionnel de participation ne signifie pas qu'il faille absolument aboutir à un tel accord. Tout comme il n'est pas propre au principe de participation d'imposer une négociation collective, cette participation des travailleurs est respectée, selon le Conseil constitutionnel, par la proposition d'un accord faite par le chef d'entreprise, s'il est ratifié par la majorité des intéressés¹⁵⁵.

84. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs jugé¹⁵⁶ « que le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise ». Selon le juge constitutionnel, la participation peut donc être assurée dès lors que la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise, et très prochainement du CSE, aura été respectée.

85. Par conséquent, bien que la conclusion d'une norme collective soit devenue l'aboutissement par excellence du respect du principe de participation et, de loin, le plus palpable, le principe n'est pas pour autant violé lorsqu'aucun accord n'est conclu, ou qu'aucune négociation collective n'est entamée¹⁵⁷. Tel qu'elle est conçue par le juge constitutionnel, la

¹⁵⁰ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, préc.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, préc.

¹⁵³ Cons. const., 20 juill. 1983, n° 83-132 DC, préc.

¹⁵⁴ Cass. Soc., 7 juill. 2015, n°15-12.417, P : D. 2015. Actu. 1545 ; RJS S 11/2015, n°744 ; JCP G 2015. 894, obs MATHIEU

¹⁵⁵ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, LPA, 8 juin 1994, n°68, p.13 ; J-Y CHEROT, « *Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel* », Gaz/Pal. 1994 II, doct P. 687

¹⁵⁶ Cons. const. 16 déc. 1993, n°93-328 DC, préc. cons. 5

¹⁵⁷ A condition de respecter les dispositions légales, lesquelles mentionnent les domaines dans lesquelles une négociation doit avoir lieu

participation lorsqu'elle intéresse la négociation collective s'apparente davantage à une obligation de moyens, qu'à une obligation de résultat¹⁵⁸.

86. Au surplus, la négociation collective n'a reçu aucune consécration constitutionnelle et ne s'est pas vu connaître une telle dimension. Une révision constitutionnelle remodelant la valeur de la négociation collective, parfois plébiscitée, n'apparaît pas nécessaire¹⁵⁹. Tout d'abord car il revient au législateur de déterminer les conditions et les garanties de sa mise en œuvre. Lequel peut décider de confier ou non cette mise en œuvre. Également, aucune consultation préalable des partenaires sociaux n'est requise en vue de l'adoption d'un texte législatif¹⁶⁰.

87. La participation ne se cantonne ainsi pas à la négociation collective, simplement parce que celle-ci ne revêt pas un caractère automatique mais également car cette prérogative est exercée directement par les organisations syndicales représentatives au titre de l'alinéa 6 du Préambule de 1946¹⁶¹. Toutefois, il est incontestable qu'un lien étroit est établi entre négociation collective et représentativité syndicale et que cela concourt à la réalisation de la participation des travailleurs. Il faut également garder à l'esprit que la participation se caractérise de plusieurs autres manières qu'il convient de préserver¹⁶².

88. Le principe de participation se concrétise de diverses manières, le plus souvent reconnues ou soutenues par les juges, à cela s'ajoute une extension des travailleurs disposant de ce droit et pouvant le faire valoir.

Section II – Un élargissement des travailleurs concernés par le principe

89. L'exercice du droit de participation suppose d'avoir la qualité de travailleur, toutefois, un autre paramètre entre en jeu, il s'agit du nombre de salariés dans l'entreprise. En bénéficient tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, même s'ils n'en sont pas les salariés.

¹⁵⁸ Le résultat devant être entendu comme l'ouverture de négociations entre les représentants des employeurs et ceux des travailleurs, aboutissant à une norme collective de travail

¹⁵⁹ Not. M. LE FRIAND et A. JEAMMAUD, Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective ? », in Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges dédiés à François GAUDU, IRJS 2014. 133.

¹⁶⁰ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC ; AJDA 1998. 540 ; ibid. 495, note J.-E. SCHOETTL ; D. 2000. 60, obs. L. FAVOREU ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. MOLFESSIS ; ibid. 1999. 78, obs. J. MESTRE, préc.

¹⁶¹ F. PETIT, « La protection de la liberté syndicale par la Constitution », Dr. soc 2014, p. 340

¹⁶² I. ODOUL-ASOREY, « Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit », coll « Bibliothèque de droit social », tome 59, LGDJ, 2013, préface M.-A. SOURIAU

90. Se superposent ainsi divers représentants des travailleurs dans l'entreprise qui ont des missions différentes. A chaque institution représentative du personnel élue, des seuils d'effectifs sont posés au-delà desquels des élections doivent nécessairement être organisées (voir supra).

91. Ces instances représentatives du personnel vont disparaître au 1^{er} janvier 2020 pour laisser place au CSE. Cette nouvelle instance pourra se concrétiser en un comité aux prérogatives réduites dans les établissements comptant plus de onze salariés mais moins de cinquante salariés sur douze mois consécutifs. Lorsque le nombre de salariés dans l'entreprise dépassera le seuil de cinquante, un CSE de plein exercice devra être mis en place¹⁶³.

92. Ces seuils ont été contestés plusieurs fois devant le Conseil constitutionnel, lequel n'a pas considéré que ces limites étaient inconstitutionnelles¹⁶⁴. Or, dans les entreprises comptant moins de onze salariés, aucun mode de représentation n'est obligatoire, cela implique que dans ces entreprises¹⁶⁵ le droit à la participation des travailleurs n'est pas garanti. Afin de pallier cette inégalité entre travailleurs, la loi du 17 août 2015¹⁶⁶ a instauré des commissions paritaires régionales interprofessionnelles, composées pour moitié de représentants d'employeurs et pour autre moitié de représentants des salariés. Ces représentants sont désignés par les syndicats interprofessionnels proportionnellement à leurs résultats lors des scrutins régionaux de représentativité. Ce mode de représentation dit « universel » est surprenant, il s'agit du premier mode de représentation des salariés qui compte autant de représentants des salariés que des représentants des employeurs. Il est regrettable de constater que ces commissions paritaires régionales interprofessionnelles n'ont pas un véritable rôle de représentation mais davantage une mission visant à « faciliter l'accessibilité et l'intelligibilité des dispositions légales et conventionnelles applicables aux très petites entreprises et à appuyer les employeurs dans l'exercice de leur pouvoir de direction, sans qu'il n'y ait là une trace d'une forme quelconque d'association des salariés desdites entreprises à la prise de décision qui les concerne¹⁶⁷.

¹⁶³ Droit du travail 2019, C. WOLMARK et E. PESKINE, 12^e Editions, Hypercours Dalloz

¹⁶⁴ Cons. Const., 21 janvier 1981, n°80-128. DC, Rec. Cons. const. 29 ; RJC I-99 ; JO 24 janv., p. 332 ; RD publ. 1981. 634, note FAVOREU. Solution rappelée dans Cons. const., 29 avr. 2011, n° 2011-122 QPC, D. 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *ibid.* 2622, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Constitutions 2011. 373, obs. C. RADE ; RJS 7/2011, n° 618

¹⁶⁵ Selon l'INSEE, en 2011 étaient au nombre de plus de trois millions ce qui représentaient presque trois millions de salariés au 31 décembre de la même année.

¹⁶⁶ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, article premier

¹⁶⁷ S. NADAL., « *La représentation universelle des salariés des très petites entreprises : derrière l'ambition annoncée, le minimalisme d'une réforme* », RDT. 2015

93. L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a mis en place, au niveau du département, des observatoires d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation. Ces nouveaux acteurs ont pour mission de favoriser, d'encourager et d'améliorer le dialogue social et la négociation collective dans les entreprises de moins de cinquante salariés du département concerné. L'effort visant à favoriser la proximité entre représentants et les très petites entreprises est louable. Toutefois, la composition des observatoires souffre du même défaut que les commissions paritaires régionales interprofessionnelles, si bien que l'on ne peut penser que la réforme mette véritablement en place des représentants des salariés. L'ordonnance ajoute, outre les représentants des salariés et des employeurs, des représentants de l'autorité administrative compétente dans le département¹⁶⁸.

94. Dès 1946, le constituant n'a pas souhaité restreindre le droit à la participation aux seuls salariés, il a considéré que cela impliquait un dépassement du clivage des secteurs privé et public¹⁶⁹. Il ne doit pas non plus s'agir d'un privilège qui profiterait aux acteurs les plus lucratifs, mais bien d'un droit auquel chaque individu qui s'insère dans une relation de travail¹⁷⁰ doit pouvoir bénéficier.

95. Malgré le libellé du huitième alinéa du Préambule de 1946 appelant à une vision élargie des bénéficiaires ainsi qu'à la décision n°77-38 DC du 20 juillet 1977, la participation dans la fonction publique ne se concrétise pas de la même sorte qu'en droit du travail. Les agents publics, sont tout comme les salariés, associés à l'élaboration des mesures les concernant, par l'intermédiaire de leurs représentants. Cependant, en droit de la fonction publique, il n'y avait, à l'origine, pas de négociation collective. Les normes collectives adoptées l'étaient après que les organes consultatifs ont donné leur avis sur « l'organisation et le fonctionnement des services publics, l'élaboration des règles statutaires et l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière »¹⁷¹. Les agents publics n'ont pas non plus eu pour habitude de participer à la gestion des services publics.

96. La participation en droit de la fonction publique, signifiait de remettre en cause l'autoritarisme patronal de l'employeur public et de la puissance publique plus largement, mais également, elle contrevenait à la détermination unilatérale des normes par l'autorité

¹⁶⁸ C. trav., Art. L. 2234-5

¹⁶⁹ Le principe de participation n'est donc pas subordonné à l'idée de rentabilité économique et ou aux seuls acteurs participant directement à la création de richesse.

¹⁷⁰ Qui accepte ainsi de se soumettre à une autorité, quelle soit publique ou privée

¹⁷¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifié par la loi n°2007-148 du 2 février 2007

administrative de gestion du personnel. Cela contribuant à la mise en péril des principes de continuité et de mutabilité du service public ayant pendant longtemps justifié l'illicéité de la grève et du syndicalisme¹⁷².

97. Le dialogue social dans la fonction publique ne reposait que sur la concertation, ainsi, les conseils supérieurs au niveau national formulent des avis sur les futurs textes, d'application générale, et au niveau infranational, les commissions administratives paritaires sont consultées sur les décisions individuelles intéressant les membres d'un corps ou d'un cadre d'emploi. Auxquelles s'ajoutent les commissions techniques paritaires, compétentes pour les questions générales, et enfin, les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁷³.

98. Cette concertation a convenu pendant un temps, puis a fini par montrer ses faiblesses. La participation dans la fonction publique ne s'effectuant que par la concertation ne permettait pas d'aboutir à un véritable compromis comme il en était possible avec la négociation¹⁷⁴. Conscients des atouts de la négociation collective en droit du travail, le gouvernement s'est saisi de la problématique¹⁷⁵. Une réforme est entamée, celle-ci se fonde sur deux principes clés : l'élection et la négociation. La loi du 5 juillet 2010 portant rénovation du dialogue social dans la fonction publique¹⁷⁶ va ainsi poser les fondements de la négociation collective dans le droit de la fonction publique. Est alors défini le champ de la négociation ainsi que les niveaux où celle-ci se déroule. Également, les conditions de fond et de forme sont posées. Cependant, le législateur ne définit pas la portée que les accords ainsi conclus revêtent¹⁷⁷. La loi a de ce fait été qualifiée par la doctrine d' « occasion manquée »¹⁷⁸.

99. Les fonctionnaires sont, alors, sans aucun doute concernés par le principe constitutionnel de participation des travailleurs, seulement, l'effectivité de leur droit reste à déterminer.

¹⁷² N. FONT, « *Le droit à la participation des fonctionnaires* », Dr. soc 2015, p. 967

¹⁷³ V. A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, 8^e édition, Précis Dalloz, Nov. 2018, §188 s.

¹⁷⁴ V. aussi N. FONT, préc.

¹⁷⁵ Signature des accords de Bercy le 2 juin 2008 par le Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Eric WOERTH et son Secrétaire d'Etat, André SANTINI avec six des huit syndicats de la fonction publique (CGT, CFDT, FSU, UNSA, Solidaires et CGC)

¹⁷⁶ Loi n°2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JO du 6 juil. 2010

¹⁷⁷ Sachant que les accords en droit de la fonction publique n'ont pas de valeur normative, leurs stipulations doivent être reprises par la loi ou par un décret afin de devenir contraignante ; CE, 15 oct. 1971, *Synd. national indépendant des CRS*, Lebon (jurisprudence constante)

¹⁷⁸ V. E. MARC et Y. STRUILLOU, La valeur des accords collectifs conclus par l'État avec les organisations syndicales de fonctionnaires : les vertus potentielles d'un oxymoron juridique, in C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2014. 65, spéc. p. 72.

100. Le juge constitutionnel garde une vision extensive des travailleurs concernés par l'alinéa 8 du préambule de 1946 et n'hésite pas à s'affranchir du lien de subordination pour déterminer de nouveaux bénéficiaires. A cet effet, il a jugé le 28 décembre 2006¹⁷⁹ « que le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue même s'ils n'en sont pas les salariés ». Le juge constitutionnel a par cette décision censuré la disposition qui réservait la qualité d'électeur aux institutions représentatives du personnel, les seuls salariés liés par un contrat de travail à l'entreprise.

101. Le Conseil constitutionnel est régulièrement questionné sur les salariés mis à disposition et sur l'exercice de leur droit à la participation¹⁸⁰. Il a eu l'occasion de se prononcer à cette occasion en 2006 par une décision et a maintenu cette position en 2008 tout en précisant¹⁸¹ que « le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ; que le législateur a entendu préciser cette notion d'intégration à la communauté de travail afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises et des salariés ; qu'il a prévu, à cet effet, des conditions de présence continue dans les locaux de l'entreprise, fixées respectivement à douze et vingt-quatre mois, pour que les salariés mis à disposition puissent être électeurs ou éligibles dans l'entreprise où ils travaillaient ; que ces dispositions ne sont entachées d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; que, si le législateur a précisé que ces salariés devraient exercer leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice, c'est afin d'éviter ou de restreindre des situations de double vote ; qu'ainsi, les critères objectifs et rationnels fixés par le législateur ne méconnaissent pas les exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946 ». Progressivement, le juge constitutionnel affine sa

¹⁷⁹ Cons. const., 28 déc. 2006, n°2006-545, Actionnariat ouvrier, JO 31 déc., p. 20320

¹⁸⁰ « *Salariés bénéficiaires du principe de participation : le problème des seuils d'effectifs et des salariés mis à disposition* », Le Lamy négociation collective, 2018

¹⁸¹ Cons. const., 7 août 2008, n°2008-568 DC, D. 2008. 2064 et les obs. ; ibid. 2009. 1852, obs. V. BERNAUD et L. GAY

position concernant les salariés mis à disposition¹⁸². Toutefois, l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 leur a retiré la possibilité d'être élus au sein de l'entreprise¹⁸³.

102. Le Conseil semble poursuivre une dynamique : tout en étendant le champ d'application du principe de participation il veille à ne pas dénaturer le droit en vigueur. C'est ce que l'on a pu observer lors d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été posée plus récemment¹⁸⁴, par laquelle il a préféré sauvegarder l'objet de la délégation unique du personnel, pourtant établie par des dispositions de valeur légale, plutôt que de faire prévaloir le principe de participation qui a, pourtant lui, valeur constitutionnelle. La solution rendue est à la fois justifiée et contestable, or, une telle décision témoigne soit au pire d'un recul, soit au mieux d'une limite portant atteinte à cette expansion du principe de participation. Cette limite, le juge constitutionnel la justifie par le secret des affaires et plus largement par la liberté d'entreprendre. Il s'agit d'une position habituelle du Conseil constitutionnel qui privilégie cette liberté lorsqu'elle se retrouve face au principe de participation des travailleurs.

103. Depuis la fin des années 1990 et le début des années 2000 une nette augmentation du taux de chômeurs est survenue. Les gouvernements successifs se sont alors efforcés de faire muter le droit du travail en un droit de l'emploi¹⁸⁵. Les entrepreneurs sont encouragés à créer de l'emploi face à une précarisation de la population, à cet effet la liberté d'entreprendre qui trouve son fondement constitutionnel dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est priorisée face aux aspects sociaux de la relation de travail¹⁸⁶. La création d'emploi est devenue une préoccupation centrale, autour de laquelle s'articulent toutes les réformes du droit du travail.

104. Le principe de participation ainsi investi d'une plus large portée quant à ses titulaires ainsi qu'aux déclinaisons qu'il recouvre, se trouve, aujourd'hui, dans une position de repli. Les normes sur lesquelles il s'appuie ainsi que la multiplicité de ses traductions

¹⁸² Le principe posé antérieurement concernant ces salariés ne persiste pas lorsque sont en question les élections des représentants des travailleurs au conseil d'administration de l'entreprise. Cons. const. 26 juill. 2013, n°2013-333, QPC : D. 2013. Actu. 1894 ; Rev. Sociétés 2014. 112, note PETIT ; RJDA 2013, n°912 ; Dr. sociétés 2013, n°179, obs. GALLOIS-COCHET ; BJS 2013. 721, note ROUSSILLE

¹⁸³ C. trav., art. L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1, abrogés par ord. n° 2017-1386, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales., art. 1^{er}.

¹⁸⁴ Cons. const. 13 oct. 2017, n°2017-661 QPC: D. 2017. Actu. 2035 ; RJS 12/2017, n°812

¹⁸⁵ Plusieurs mesures tels que le passage de la semaine de trente-neuf à trente-cinq heures, la création de nombreux contrats aidés ou encore le développement des minima sociaux sont des signes d'un marché du travail qui peine à créer de l'emploi

¹⁸⁶ V. en ce sens. Cons. const., n°2001-455 du 12 janvier 2002, obs A. LYON-CAEN, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. soc. 2002. P. 258.

normatives renforce sa mise en œuvre mais avant tout sa visibilité et l'existence même d'un tel principe. Corroboré à une ouverture vers de nouveaux titulaires par le législateur et les juges suprêmes il apparaît qu'une véritable consécration du principe de participation est unanimement souhaitée. Toutefois, cette volonté bien que palpable ne suffit pas pour parvenir à un enracinement profond du principe et à lui conférer son effectivité.

PARTIE II - Une réalisation artificielle du principe de participation des travailleurs

105. Dans un contexte économique et social de plus en plus tendu, les pouvoirs publics sont préoccupés par le bon fonctionnement, voire la survie des entreprises. A cet effet, ils ont entrepris de modifier le droit du travail dans le but de favoriser le dialogue social et de promouvoir l'emploi. Face aux réformes récentes, le principe de participation des travailleurs se trouve davantage affaibli que conforté (Chapitre I). Les difficultés à surmonter trouvent leurs racines dans différentes causes. Cependant, celles-ci ne peuvent être aisément solutionnées dans un contexte où sa mise en œuvre est insuffisante et sa protection faible (Chapitre II).

Chapitre I - La contraction du principe de participation par les réformes récentes

106. Au cours des dernières années a été organisé un recul certain de la représentation des travailleurs au sein des entreprises (Section I) la négociation collective qui semble avoir trouvé dans ces réformes des appuis stables, n'est en réalité pas renforcée (Section II).

Section I - Une représentation des travailleurs affaiblie

107. L'innovation des ordonnances « Macron » en termes de représentation se concrétise par une fusion des institutions représentatives du personnel (délégués du personnel, comité d'entreprise et d'établissement, CHSCT, délégation unique du personnel) en une instance unique, le CSE. Si l'esprit de la réforme est de permettre une meilleure lisibilité face à la pluralité d'instances représentatives du personnel, on assiste davantage à une simplification de la représentation. Or, il a été remarqué ces dernières années que la centralisation des représentants ne permettait pas de centraliser pour autant les problèmes des différents domaines¹⁸⁷. A la lecture du document préparatoire à l'ordonnance, il apparaît que la principale préoccupation du législateur est le développement de la compétitivité de l'entreprise et de sa

¹⁸⁷ M. VERICEL, préc.

rentabilité et non les questions de santé, de sécurité au travail et plus largement la thématique des conditions de travail¹⁸⁸.

108. Les nouveaux seuils imposant la mise en place du CSE, ne paraissent pas apporter de grands changements au sort de la représentation. Or, la nouvelle formulation de l'article L. 2311-2 du Code du travail permet désormais, à l'employeur de s'exonérer sans grande difficulté de la mise en place d'un CSE. Auparavant, l'obligation d'organiser les élections de délégués du personnel ou des membres au comité d'entreprise la loi imposait un effectif de onze salariés pendant douze mois, désormais, l'article précité, n'impose plus que cet effectif soit atteint pendant douze mois consécutifs. L'employeur pourra alors plus facilement échapper à son obligation en faisant fluctuer le nombre de salariés dans l'entreprise sur les douze derniers mois.

109. De surcroît, les attributions du CSE mis en place dépendront de l'effectif dans l'entreprise. Entre onze et cinquante salariés, c'est un comité aux attributions réduites, similaires à celles des anciens délégués du personnel¹⁸⁹. Au-delà de cinquante salariés, les prérogatives s'étendent pour regrouper, *mutatis mutandi*, les précédentes attributions du comité d'entreprise et celles du CHSCT¹⁹⁰.

110. Dans les entreprises comptant entre onze et cinquante salariés, le CSE perd certaines attributions en comparaison aux anciens délégués du personnel. Pour exemple, les salariés mis à disposition (d'entreprises extérieures ou d'entreprises de travail temporaire) n'ont plus la possibilité de présenter des réclamations individuelles et collectives¹⁹¹, aussi, ils ne peuvent plus saisir l'employeur en cas d'atteinte aux droits des personnes¹⁹². Si cette nouvelle instance « contribue à promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise et réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles » c'est avec peu, voire pas de moyens. En effet, le comité ne dispose pas de la personnalité civile, il ne peut, de ce fait, avoir un patrimoine ou encore agir en justice. Il n'a donc pas de ressources financières et de budget propre lui permettant de remplir ses missions. Cependant, il serait tout à fait possible de négocier un accord dans le but de conférer la

¹⁸⁸ G. BORENFREUND, « *La fusion des institutions représentatives du personnel* », RDT 2017, p. 608

¹⁸⁹ C. trav. Art. L. 2312-5

¹⁹⁰ C. trav. Art. L. 2312-8 et s.

¹⁹¹ C. trav. Anc. Art. L. 2313-3 et L. 2313-4.

¹⁹² Possibilité réouverte lorsque l'effectif atteint cinquante salariés

personnalité civile au CSE, il serait alors doté d'un budget lui permettant de remplir pleinement ses missions¹⁹³.

111. D'autres prérogatives, pourtant maintenues n'ont pas été reproduites avec beaucoup d'enthousiasme. C'est notamment le cas du droit d'alerte. Ce droit pouvait être activé par les anciens délégués du personnel dès lors qu'ils considéraient que l'employeur manquait à ses obligations et qu'alors le respect des droits des personnes, de leur santé physique et mentale ou le respect des libertés individuelles dans l'entreprise était compromis. Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont fait le choix d'attribuer ce droit d'alerte par un simple renvoi dans le Code, au CSE lorsque l'entreprise compte moins de cinquante salariés¹⁹⁴, certains auteurs y voient le signe d'un « risque accentué de dépérissement de la mission confiée auparavant aux délégués du personnel »¹⁹⁵.

112. Lorsque le seuil de cinquante salariés est dépassé, le CSE se dote d'attributions générales ce qui se caractérise principalement par l'expression collective des salariés afin de prendre en compte de manière permanente l'intérêt des salariés¹⁹⁶. A cet effet, il est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, comme l'ancien comité d'entreprise. En revanche, une vaste place est désormais laissée à la négociation collective concernant le contenu et les modalités des consultations dont il doit faire l'objet¹⁹⁷. Ainsi, cela pourra être déterminé par un accord d'entreprise majoritaire, ou un accord entre l'employeur et le CSE adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel au comité, en l'absence de délégué syndical¹⁹⁸.

113. Deux nouvelles instances sont créées cependant, leur mise en place n'est que facultative. La première, nommée le conseil d'entreprise peut être mis en place par accord avec les syndicats majoritaires ou avec la majorité des membres titulaires du CSE ou encore par accord de branche étendu. S'il est mis en place, ce conseil dispose de toutes les attributions du CSE et sera le seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement¹⁹⁹. Ces prérogatives sont habituellement réservées aux délégués

¹⁹³ J-Y. KERBOURC'H, « Représentants du personnel – La refonte des institutions du personnel (ord. N°2017-1386, 22 sept. 2017) », Sem. jur. soc., n°40, 10 oct. 2017, 1313

¹⁹⁴ C. trav. Art L. 2312-59 Section III : Attributions du CSE dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lequel prévoit un droit d'alerte au profit des. et Art. L. 2312-8 du même Code, lequel ne fait qu'un renvoi aux attributions générales du CSE dans les entreprises de moins de cinquante salariés.

¹⁹⁵ V. G. BORENFREUND, préc.

¹⁹⁶ C. trav. Art. L. 2312-8 1

¹⁹⁷ Informations et consultations régulières comme celles plus ponctuelles

¹⁹⁸ C. trav. Art. L. 2312-19

¹⁹⁹ C. trav. Art. L. 2321-1 et s.

syndicaux. Pour que les accords conclus par le conseil d'entreprise soient valables, ils doivent suivre une des deux voies possibles, à savoir une conclusion par la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel, soit par des titulaires ayant recueilli plus de la moitié des voix aux dernières élections professionnelles²⁰⁰. Le conseil d'entreprise est censé favoriser la participation dans l'entreprise en renforçant « la présence salariale [...] ainsi que la possibilité de mieux prendre en compte le point de vue du personnel dans le processus de décision stratégique de l'entreprise »²⁰¹. A l'appui de la réforme est invoquée une « conception plus participative de l'entreprise »²⁰². Or, le conseil d'entreprise ressemble davantage à un « trompe-l'œil »²⁰³, son utilité se limitant à permettre la conclusion d'un accord collectif entre employeur et interlocuteurs des salariés qui ne soient pas un délégué syndical.

114. La seconde instance, bien plus floue²⁰⁴ sont les représentants de proximité²⁰⁵. Ces représentants sont, soit des membres du CSE, soit désignés par ce dernier. Dans cette dernière hypothèse, ils ne sont donc pas élus par les personnes qu'ils ont vocation à représenter. Ce second mode de désignation ne met pas en œuvre le principe de participation car les travailleurs n'ont pas la possibilité de désigner directement leurs représentants. L'intermédiaire des membres du CSE, bien que choisis par les travailleurs, ne saurait traduire une réelle représentation. L'existence d'intermédiaire est certes nécessaire à la mise en œuvre de ce droit, or cette désignation en cascade ne peut se caractériser par une expression de la participation des travailleurs, elle s'apparente davantage à une participation des représentants de ces derniers.

115. Afin de palier la suppression du CHSCT, l'ordonnance a créé la commission santé, sécurité et des conditions de travail. Or, cette formation ne peut être mise en place que dans les entreprises de plus de trois-cents salariés²⁰⁶. De surcroît, elle ne dispose d'aucune autonomie et il ne lui sera ainsi pas aisé d'intervenir, noyée dans les préoccupations économiques. Le CHSCT avait précisément été créé dans le but d'éviter cette perméabilité²⁰⁷. Désormais, aucune instance ne dispose d'une compétence générale au regard de la protection de la santé et de la prévention

²⁰⁰ C. trav. Art. L. 2321-9.

²⁰¹ Etude d'impact sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27. Juin . 2017., p. 33

²⁰² Ibid, p. 34

²⁰³ V. M. VERICEL, préc.

²⁰⁴ Grande imprécision de ces délégués qui en fait une instance superflue, tout à leur égard doit être déterminé par l'accord ; leur nombre, leurs attributions, leur mode de désignation, le nombre d'heures de délégation dont ils disposent

²⁰⁵ C. trav. Art. L. 2313-7

²⁰⁶ Lorsque le CHSCT, instance spécialisée dans la santé et la sécurité des conditions de travail devait être mise en place dès lors que l'entreprise comptait cinquante salariés.

²⁰⁷ V. P.-Y. VERKINDT, « Les CHSCT au milieu du gué, rapport au ministre du Travail », Préc.

des risques professionnels, le CSE n'a plus que pour possibilité d'analyser les risques professionnels et il « peut susciter toute initiative qu'il estime utile »²⁰⁸, il n'a selon le Code du travail pas de compétence globale au regard des conditions de travail, ce dont le CHSCT disposait. Les attributions de l'ancienne institution ont contribué à son succès au moment de sa création et se sont révélées très utiles. La fusion des instances dilue les problématiques de la santé physique et mentale et de la sécurité du personnel, pourtant essentielles dans les questions d'emploi, de compétitivité et de santé économique plus généralement. L'enjeu est pourtant celui du respect des droits fondamentaux²⁰⁹. Il faut de ce fait s'attendre à ce que la restriction des moyens donnés aux représentants des travailleurs induise un moins bon traitement des problématiques de santé et de sécurité des travailleurs.

116. En parallèle d'une représentation « simplifiée », le nombre d'heures de délégation par représentant du personnel a été significativement réduit pour les entreprises comptant les plus petits effectifs²¹⁰. Ce sont cependant les salariés de ces entreprises qui sont le plus exposés à voir leur droit à la participation tronqué.

117. La fusion des institutions représentatives du personnel opérée par les ordonnances va à l'encontre de la loi du 17 août 2015 en ce qu'elle prévoit une uniformisation, voire une standardisation de la représentation au sein des entreprises. En 2015, avait au contraire été mis en place la possibilité d'ajuster et de « personnaliser » la représentation au sein de son entreprise²¹¹. Entre 2015 et 2017, l'intention de favoriser le dialogue social est maintenue, les moyens utilisés à cet effet sont étonnement opposés.

118. Actuellement, on ne peut nier que la représentation des travailleurs dans les entreprises n'ait pas subi un important recul, qu'il s'agisse du nombre de représentants, de leurs attributions, ou du temps qui leur est octroyé pour mener à bien leur mission, toutes ces variables ont subi un affaiblissement. Cette représentation est, cependant, indispensable à l'exercice du droit à la participation²¹². Une telle contraction de la représentation entraîne nécessairement une contraction du principe de participation.

²⁰⁸ C. trav. Art. L. 2312-9

²⁰⁹ L. LEROUGE et P.-Y. VERKINDT, « Sauvegarder et renforcer le CHSCT : un enjeu majeur de santé au travail », Dr. soc. 2015. 365

²¹⁰ Voir. C. trav. Art. R.2314-1 et C. trav. anc art L. 2315-1 et 2315-2 (délégués du personnels titulaires), Art. L. 2325-6 (membres titulaires du comité d'entreprise) et Art. L. 4614-3 (CHSCT

²¹¹ La loi « REBSAMEN » du 17 août 2015 avait pour but, tout en simplifiant la représentation dans les entreprises, de faciliter sa mise en place et de permettre à chaque entreprise d'adopter un mode de représentation qui lui corresponde. V. H. DE BRIER, Les aménagements conventionnels des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015, RDT 2016. 599

²¹² I. ODOUL-ASOREY, préc.

119. Si certains pans connus du droit à la participation des travailleurs sont affaiblis par les réformes récentes, d'autres y trouvent en apparence, un soutien.

Section II - Une négociation collective au renforcement illusoire

120. Le droit du travail, initialement fondé sur l'ordre public et le principe de faveur a été progressivement modifié. La technique de la dérogation, par les réformes successives, a pris de plus en plus de place pour ensuite être relayée par la subsidiarité. Récemment, cette dernière a été remplacée par la supplétivité. Ainsi, la loi devient une voie davantage usitée pour poser les règles impératives constituant l'ordre public, puis elle ne sera par la suite appliquée que de manière supplétive, si aucun acte conventionnel n'est conclu sur les thèmes relevant du champ de la négociation collective. Dans cette hypothèse, ce sont les dispositions légales supplétives qui trouveront à s'appliquer.

121. Par la loi du 8 août 2016, le législateur a conféré une primauté à l'accord d'entreprise sur les accords de branche en matière de durée du travail, des repos et des congés. L'accord d'entreprise est devenu, à cet instant, le niveau de droit commun en matière de négociation collective, ce qui signifie qu'il primait, à l'exception des domaines spécialement réservés à un autre niveau. Le législateur en 2017 a réparti les compétences de la négociation collectives entre la branche et l'entreprise par la création de trois blocs. Le premier de ces blocs²¹³ comporte treize matières pour lesquelles la convention de branche primera impérativement. Le deuxième bloc²¹⁴ comprend lui quatre matières pour lesquelles ce sera la convention de branche qui primera si elle le prévoit expressément. La convention d'entreprise conclue postérieurement pourra toujours comporter des garanties au moins équivalentes. Enfin, le troisième bloc²¹⁵ implique la primauté de la convention d'entreprise dans toutes les autres matières que celles prévues dans les précédents blocs. Cela signifie que la convention d'entreprise peut déroger à la convention de branche dans tous les domaines non réservés à cette dernière.

122. De cette répartition des compétences est définitivement abandonnée l'ancienne articulation des normes en droit du travail. Lorsqu'auparavant²¹⁶ les sources principales du droit du travail étaient la loi et le règlement, la convention collective n'étant reléguée qu'à un rôle

²¹³ C. trav. Art. L.2253-1

²¹⁴ C. trav. Art. L. 2253-2

²¹⁵ C. trav. Art. L. 2253-3

²¹⁶ E. DOCKES, G. AUZERO et D. BAUGARD « Droit du travail, Les sources du droit du travail, Les sources professionnelles, Les conventions et accords collectifs » Dalloz, coll Précis, 32^e Ed., 2018

secondaire. Les conventions et accords collectifs avaient pour principal objet d'apporter des avantages supplémentaires aux travailleurs. L'ordre public social imprégnait l'articulation des normes en droit du travail. Après avoir permis aux conventions et accords collectifs de placer les salariés dans une situation moins favorable que celle que leur garantissait la loi²¹⁷, le principe de faveur a connu un certain recul. Cette possibilité, a progressivement glissé vers une pratique utilisée de manière ponctuelle pour aller vers un usage de plus en plus fréquent²¹⁸.

123. L'objet de la négociation collective a connu une évolution, autrefois porteuse d'amélioration des conditions de travail, des droits sociaux, elle est aujourd'hui devenue l'outil de prédilection permettant la dérogation à ces avantages sociaux.

124. Aujourd'hui, la loi ne pose plus que les dispositions d'ordre public et détermine les domaines pour lesquels une négociation collective devra être entamée²¹⁹. Les partenaires sociaux se voient ainsi conférer d'importantes prérogatives²²⁰. Ce mouvement va nécessairement à l'appui du principe de participation, bien qu'il aille dans le même temps à l'encontre d'une sécurité juridique pour les travailleurs et qu'il permette bien moins souvent d'adopter des dispositions plus favorables pour ces derniers, ou que celles-ci leurs soient alors applicables²²¹. Or, cela est *a priori* justifié puisque les négociateurs sont investis du droit à la participation des travailleurs, que ces derniers ont habilité à exercer, par le vote. Cette légitimation de l'accord collectif a également été soutenue par la normalisation du régime majoritaire.

125. Dans le souci de renforcer la dialogue social et la négociation collective d'entreprise, l'accord majoritaire est devenu la règle depuis mai 2018. Dans un nouveau contexte où l'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche, la généralisation de l'accord majoritaire contribue à un renforcement de la légitimité de la norme adoptée dans l'entreprise, l'unité économique et sociale ou le groupe. Cette exigence implique que l'accord collectif conclu doit être signé par des syndicats représentatifs ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections

²¹⁷ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO du 14 novembre 1983, En 1982 la dérogation par accord collectif à l'ordre public absolu avait déjà été rendue possible dans certains domaines.

²¹⁸ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai 2004

²¹⁹ V. supra

²²⁰ P. LOKIEC, « *Loi Travail : la négociation collective après la réforme* », Lexbase hebdo éd. Soc., 1er sept. 2016.

²²¹ A. FABRE, *Quid du principe de faveur ?*, « L'articulation des niveaux de négociation devant le Conseil constitutionnel », Dr. soc. 2018 p. 688

professionnelles. Cette condition de validité, introduite par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016²²² a eu pour but de conférer plus de légitimité aux accords conclus, compte tenu de la nouvelle répartition des compétences amorcée. Avant, les accords collectifs devaient nécessairement répondre à deux exigences, la première était qu'ils soient signés par des syndicats représentant au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections, le seconde impliquait que l'accord ne fasse pas l'objet d'une opposition par des syndicats majoritaires²²³. Toutefois, l'accord collectif peut trouver à s'appliquer en dépit de ses conditions et ce par l'expression des travailleurs même.

126. La loi du 8 août 2016 a prévu une possibilité pour valider les accords collectifs lorsqu'ils ne sont pas signés par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE²²⁴. Le but étant de ne pas porter préjudice aux salariés car la conclusion d'accords majoritaires est soumise à des conditions plus strictes. Ainsi, à défaut d'obtenir la signature de la majorité des syndicats représentatifs, il sera possible de recourir au référendum²²⁵.

127. Tout syndicat signataire ne peut soumettre à référendum un accord, directement au personnel. Seuls les syndicats qui représentent plus de 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE²²⁶ peuvent le faire. Après respect d'un délai de réflexion, les salariés sont consultés. L'accord minoritaire ne sera valide que s'il est approuvé par la majorité des salariés²²⁷, à défaut il sera réputé non écrit.

128. Ce renforcement manifeste de l'accord collectif va au soutien de l'autorité de la négociation collective d'entreprise. Nécessairement, le principe de participation des travailleurs s'en retrouve consacré et fortifié.

129. Là où le bât blesse c'est lorsque la nouvelle détermination des acteurs ne garantit plus la mise en œuvre du principe de participation et notamment de la désignation de

²²² Loi n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : JO 9 août 2016

²²³ C. trav. Anc. Art. L. 2232-12

²²⁴ C. trav. Art. L.2232-12 issu de l'ord. N°2017-1386 du 22 septembre 2017, art 4.

²²⁵ Seulement si l'accord a été signé par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% de suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE

²²⁶ Deuxième alinéa de l'article précité

²²⁷ Cette majorité est appréciée en fonction des suffrages exprimés

représentants habilités à exercer ce droit au nom des travailleurs. Ces mêmes réformes ont modifié les acteurs susceptibles de négocier les normes collectives. La loi habilite davantage d'intervenants à mener les négociations, comme les salariés eux-mêmes. La négociation collective est alors ouverte, dans les plus petites entreprises²²⁸ par la suppression du seul intermédiaire des salariés, qui avait la possibilité de défendre leurs intérêts. Dans ces entreprises, le référendum devient l'unique solution pour conclure un accord d'entreprise. Pour supprimer cette possibilité, le législateur a donc considéré purement et simplement que les salariés en question défendront davantage leurs intérêts qu'un salarié mandaté. Pourquoi supprimer cette possibilité alors même qu'elle demeure dans les plus grandes entreprises²²⁹. L'objet de cette suppression apparaît plutôt comme un moyen non pas de négocier des accords collectifs mais d'en forcer la conclusion. La nouvelle articulation entre les normes du droit du travail laisse ainsi un champ qui ne peut être couvert que par l'accord d'entreprise²³⁰.

130. La logique suivie est difficile à cerner. L'intérêt collectif représenté par les syndicats est balayé pour laisser la place à la seule expression des intérêts individuels. Le vote d'un travailleur n'a pas la même portée ainsi que la même sincérité que celui d'un agent élu qui dispose pour négocier d'un statut et d'une protection. En outre, les salariés n'ont, le plus souvent, pas les armes permettant la compréhension juridique des accords proposés. Les effets qu'ils attendent d'un accord peuvent, de ce fait, être erronés ou biaisés²³¹.

131. A cela s'ajoute que l'on ne peut parler de véritable négociation collective, puisque celle-ci se concrétise par la proposition par l'employeur d'un projet d'accord aux salariés de l'entreprise qui se contentent de le ratifier²³². Aucune contreproposition n'est prévue par la loi ou le décret précisant ces modalités²³³. Cette possibilité de « négociation » est également ouverte aux entreprises qui comptent entre onze et vingt salariés lorsqu'elles n'ont pas de représentants élus.

132. Le principe de participation est défini comme le principe par lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Comme rappelé précédemment, ce

²²⁸ C. trav. Art. L. 2232-21s et Art. L. 2232-23

²²⁹ C. trav. Art. L. 2232-24

²³⁰ Sous couvert des dispositions supplétives à défaut d'accord

²³¹ « *Le référendum en matière de négociation collective est-il un facilitateur de la négociation collective ?* », P. LOKIEC, « Ordonnances – Trois questions/réponses autour de la négociation collective », Cah. de droit de l'entreprise n°2, mars 2019, doss. 10

²³² La ratification par la majorité des deux tiers confère validité à l'accord d'entreprise

²³³ Décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises

principe a vocation à se concrétiser de manière indirecte. Ce ne sont pas les titulaires de ce droit à la participation qui l'exercent directement mais leurs représentants. Les nouvelles expressions de la négociation collective, organisées par les réformes de 2017 ne répondent pas toujours à cette exigence posée par l'alinéa 8 du Préambule de 1946.

133. Toutefois, les habitudes prises par les entreprises sont profondément ancrées. Un an après l'entrée en vigueur de cette possibilité les nouveaux acteurs de la négociation d'entreprise la sollicitent peu, un temps d'adaptation semble nécessaire, bien que certaines matières soient plus propices au référendum que d'autres²³⁴.

134. A l'échelon supérieur, au niveau des branches professionnelles, le processus de fusion s'est fait progressivement²³⁵. A l'inverse de ce qu'elle devait engendrer, cette fusion a mis en place une moins bonne représentation des travailleurs. Force est de constater qu'aucune amélioration de la représentation n'a pu être observée, au contraire celle-ci a été restreinte. Par les ordonnances de 2017, l'objectif était d'atteindre un nombre de deux-cents branches professionnelles en 2019²³⁶. Combinée à l'extension du domaine de compétence²³⁷, cette fusion était défendue par le Gouvernement comme un renforcement de la négociation collective²³⁸ en redonnant « vitalité et légitimité à la norme conventionnelle »²³⁹.

135. Ce regroupement des branches pourra se faire de manière volontaire, mais il est aussi reconnu au Ministre du travail la possibilité d'élargir le champ d'application d'une convention collective, en décidant de fusionner plusieurs branches professionnelles. Ce processus de rapprochement implique de prendre un temps avant de pouvoir négocier et de construire un nouveau cadre conventionnel, que les organisations patronales et syndicales déterminent ensemble les points qui les rassemblent, qu'elles vérifient si leurs salariés sont soumis aux mêmes conditions de travail et « d'identifier la cohérence économique du champ

²³⁴ Le sujet qui a le plus souvent donné lieu à référendum et à l'acceptation d'un accord dans les entreprises de moins de cinquante salariés, porte pour plus de 80% des cas sur le temps de travail

²³⁵ Loi n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : JO 6 mars 2014, p. 4848. - Loi n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015, p. 14346. - Loi n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : JO 9 août 2016, texte n° 3. - Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : JO 23 sept. 2017, texte n° 29

²³⁶ Elles étaient au nombre de sept-cents en 2017

²³⁷ Désormais treize matières dans lesquelles la convention de branche prime sur l'accord d'entreprise, v. *supra*.

²³⁸ Les plus petites branches étant le plus souvent inactives

²³⁹ « L'évolution de la négociation de branche permise par les ordonnances est-elle impactée par la fusion programmée des branches ? », J. DONNEDIEU, « Ordonnances – Trois questions/réponses autour de la négociation collective », Cah. de droit de l'entreprise n°2, mars 2019, doss. 10

d'application envisagé »²⁴⁰. Pascal LOKIEC alerte sur ce point le risque que ces regroupements forcés aboutissent à l'application de conventions de branches inadaptées dans certains secteurs, principalement ceux qui comportent le plus de spécificités²⁴¹. Cette prérogative dont dispose le pouvoir exécutif témoigne d'une logique qui anime les réformes actuelles. Celles-ci prétendent favoriser le dialogue social et laisser davantage de pouvoir de négociation aux partenaires sociaux. En réalité, ces réformes affirment peu à peu la mainmise des gouvernements sur le déroulement de la négociation collective et l'agencement qu'ils en font des acteurs qui peuvent ou non y prendre part.

136. Un rôle important, sans précédent, incombe aux branches professionnelles. Dernièrement, la loi du 5 septembre 2018²⁴² a confié aux branches trois missions au regard de la formation professionnelle. Celles-ci doivent en premier, par la négociation, définir « les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables » dans les matières qui relèvent uniquement de sa compétence. Ensuite, elles doivent, par la négociation toujours, négocier les sujets pour lesquels les conventions ou accords d'entreprises ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords de branche. La branche doit également assurer une régulation de la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application²⁴³.

137. Les nouvelles missions confiées impliquent que ces acteurs aient davantage de temps pour se consacrer à la négociation collective ainsi qu'au dialogue social. D'un point de vue pragmatique, le travail conséquent que doivent fournir les partenaires sociaux au niveau de la branche d'activité va nécessairement avoir pour effet d'éloigner les représentants des salariés en poste ainsi que les chefs d'entreprise du rôle de négociateur. A la place, ce sont des acteurs plus ou moins éloignés du travail de l'entreprise, voire de l'entreprise elle-même²⁴⁴ qui prendront part aux négociations au niveau de la branche. Ce recul de la représentation dans la négociation collective entraîne nécessairement des lacunes dans la bonne prise en considération des intérêts des travailleurs, si ce n'est une absence de leur prise en considération. Ce mouvement est également observable avec les nouveaux accords de performance collective,

²⁴⁰ F. FALISE, « *Quelle place pour les branches professionnelles dans le nouveau paysage de la formation professionnelle et de l'apprentissage ?* », Dr. soc. 2018

²⁴¹ P. LOKIEC, préc.

²⁴² Loi n°2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, JO 6 sept. 2018, texte n°1

²⁴³ C. trav., Art. L. 2253-1 et L. 2253-2

²⁴⁴ Judith DONNEDIEU pense à cet effet aux responsables des affaires sociales et aux permanents syndicaux, v. préc.

lesquels peuvent entraîner le licenciement d'un travailleur, conséquence bien éloignée de la défense des intérêts salariaux.

138. L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017²⁴⁵ introduit un régime unique pour les accords de compétitivité désormais appelés « accords de performance collective ». Le Conseil constitutionnel a jugé le dispositif conforme à la Constitution une première fois²⁴⁶, puis une seconde fois lors d'un contrôle plus élargi²⁴⁷. Ce nouveau type d'accord²⁴⁸ est le résultat de la fusion des accords de préservation et de développement de l'emploi, des accords de maintien dans l'emploi²⁴⁹, des accords de réduction du temps de travail ainsi que des accords de mobilité interne²⁵⁰, en un dispositif unique. L'article L. 2254-2 issu de l'ordonnance susvisée²⁵¹ expose dans un premier temps les cas dans lesquels un tel accord peut être conclu, à savoir, dans le but de « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou développer l'emploi ». Dans ces cas-là, l'accord pourra « aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, aménager la rémunération [...] dans le respect des minima sociaux hiérarchiques, déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. ». L'article précise par la suite que « les stipulations de cet accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ». Il est ajouté à la fin de la disposition que le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail, il dispose à cet effet d'un mois pour rendre réponse à son employeur par écrit. A compter de la date de notification de la réponse, l'employeur peut, dans un délai de deux mois, engager une procédure de licenciement, si celle-ci aboutit, le licenciement prononcé « repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse ». Le législateur a ainsi inséré dans le Code un cas légal de licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse, alors même que le juge est le seul à pouvoir apprécier si un licenciement repose, ou non, sur une cause réelle et sérieuse. L'article créé une

²⁴⁵ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JO 23 sept. 2017

²⁴⁶ Cons. const., n°2017-751 DC du 7 septembre 2017., préc.

²⁴⁷ Cons. const., n°2018-761 DC du 21 mars 2018., préc.

²⁴⁸ Anciennement accords de compétitivité

²⁴⁹ C. trav. Anc. Art. L.5125-1 et s.

²⁵⁰ C. trav. Anc. Art. L. 2242-21

²⁵¹ Repris successivement par l'article 2 de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, puis par le premier article de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel

présomption de cause réelle et sérieuse de licenciement, lorsqu'un salarié refuse l'application d'une norme collective. L'accord collectif est investi d'une forte autorité.

139. La conclusion d'un accord de performance collective doit suivre les conditions posées à l'article L. 2232-12 précité, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'un accord majoritaire. Les partenaires sociaux se portent ainsi garants de la légitimité de l'accord dans l'entreprise²⁵². « L'atteinte au droit à l'emploi et à la liberté contractuelle ne serait justifiée que si la négociation était réalisée avec des syndicats représentatifs dans l'entreprise, et, l'accord signé aux nouvelles conditions de majorité. »²⁵³ Ces accords trouvent incontestablement leur bien-fondé dans le principe de participation des travailleurs, accentué par l'accord majoritaire sur lequel ils reposent. Le Conseil constitutionnel, tout en validant le dispositif au regard de l'alinéa 8 du Préambule de 1946, met en garde les acteurs de la négociation collective d'entreprise en jugeant qu'« en outre, il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité ». En outre, pour valider le dispositif, il rappelle que la pertinence des motifs justifiant l'accord peut être contestée devant le juge ainsi que le licenciement prononcé ne peut l'être qu'après respect de la procédure de licenciement de droit commun.

140. A cet égard, le principe de participation des travailleurs est conforté par certaines mesures des dernières réformes. Il prend, régulièrement, sous celles-ci la forme d'un sacrifice individuel ou collectif pour le « bien » de la collectivité de travail et la sauvegarde de l'emploi. Les effets de cette nouvelle logique ne peuvent, d'ores et déjà, être évalués qualitativement.

141. Le bilan des réformes récentes ne peut encore être établi, cependant, la transformation du droit du travail français se poursuit. Le principe de participation des travailleurs semble avoir été oublié parmi celles-ci, au point qu'il devient difficile de déterminer sa portée.

²⁵² B. GAURIAU, « *L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018* », Dr. soc. 2018. 504 s

²⁵³ Y. PAGNERRE., « *Les accords de performance collective* », Dr. soc. 2018., p. 694

Chapitre II – La paralysie du principe de participation dans un contexte social stérile

142. Bien que le législateur ait cru promouvoir la participation des travailleurs à la gestion des entreprises, il n'en est rien et celle-ci peine à connaître concrétisation et efficacité (Section I), toujours est-il que le législateur continue à faire œuvre créatrice dans un sens méconnaissant le principe de participation sous l'œil passif du juge constitutionnel (Section II). Dans un contexte où le dialogue social est tendu, les nouvelles réformes n'en favorisent pas la réhabilitation (Section III), toutefois, une véritable mise en œuvre de la participation est toujours possible (Section IV).

Section I - Une participation à la gestion des entreprises purement symbolique

143. La participation à la gestion des entreprises a été créée pour contribuer au mouvement de privatisation des entreprises publiques²⁵⁴. Elle implique une participation facultative des représentants du personnel élus aux organes de la société. Cette participation se veut adaptée à l'entité car elle se déploie soit au sein du conseil d'administration, soit par l'organe du conseil de surveillance²⁵⁵. La principale différence entre les administrateurs salariés et les représentants du personnel au comité d'entreprise est que les salariés qui font partie du conseil d'administration ou de surveillance prennent véritablement part aux décisions car ils ont parfois la possibilité de voter. Les membres du comité d'entreprise, eux n'ont pas ce pouvoir, ils auront seulement la possibilité d'être consultés sur les décisions stratégiques de l'entreprise.

144. Si la participation à la détermination collective des conditions de travail semble avoir un contenu plus fourni, la participation à la gestion des entreprises fait bien moins souvent l'objet de décisions ou de réformes. Le juge constitutionnel a longtemps peiné à lui donner une consistance. A ce titre, il a commencé par considérer que celle-ci ne recouvrait qu'une information et consultation par l'employeur, des instances représentatives du personnel élues, principalement le comité d'entreprise ou les délégués du personnel²⁵⁶.

145. Le juge constitutionnel a eu la possibilité de définir, ou au moins, de préciser le contenu du principe de participation à la gestion des entreprises, il n'en a pourtant rien fait. En 2002, il s'est contenté de juger que « le dispositif prévoyant la présence des salariés actionnaires

²⁵⁴ G. AUZERO, D. BOUGARD, E. DOCKES, Droit du travail 2019, 32e Ed, Dalloz, coll Précis, 2018

²⁵⁵ V. supra

²⁵⁶ Cons. const. 16 déc 1993, n°93-328 DC, préc

au sein des organes de direction de la société, loin de méconnaître les dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946, [...] a pour objet de les mettre en œuvre »²⁵⁷.

146. Suivant la fusion des institutions représentatives du personnel, annoncée par les ordonnances susmentionnées, le Conseil constitutionnel a été saisi en vue de contrôler la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social²⁵⁸. Une disposition en particulier concernait la participation à la gestion des entreprises, à laquelle il était fait grief d'habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure permettant de favoriser les conditions de mise en œuvre de la négociation collective en facilitant « le recours à la consultation des salariés pour valider un accord, à l'initiative d'un syndicat représentatif dans l'entreprise, de l'employeur ou sur leur proposition conjointe ». Les requérants invoquaient le manque de précision au regard du périmètre des éventuelles exceptions à la limitation du nombre de mandats successifs, obligation qui devait être satisfaite en vertu de l'article 38 de la Constitution. La disposition contestée, « permettrait au Gouvernement de prévoir que l'employeur peut décider, seul, de consulter les salariés pour valider un accord de négociation collective, ce qui aurait pour effet de porter atteinte à la place prédominante des organisations syndicales dans la négociation collective ». Le Conseil constitutionnel rappelle que si les alinéas 6 et 8 du Préambule de 1946 « confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer [...] la défense des droits et intérêts des travailleurs » ils n'en n'ont « pas pour autant un monopole de représentation des salariés ». De cette manière, le juge constitutionnel considère qu'aucune atteinte au principe de participation n'est caractérisée²⁵⁹.

²⁵⁷ Cons. const. n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, JO 18 janv, P.-H. ANTONMATTEI, Licenciement pour motif économique, RJ com. 2002. 115. – G. CARCASSONNE, Modernisation sociale et régression politique, Dr. soc. 2002. 254 - C. FRANCK, Loi de modernisation sociale. La nouvelle définition du licenciement économique porte atteinte à la liberté d'entreprendre, JCP 2002. I. 1096. – L. GAY, Liberté d'entreprendre et licenciement économique, D. 2003. Somm. 1129 - G. LYON-CAEN, La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique, Dr. ouvrier 2002. 161. – B. MATHIEU, La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité, Dr. ouvrier 2002. 44. – B. TEYSSIE, Liberté, égalité, TPS 2002. Chron. 3. – X. PRETOT, Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale. D'une annulation et de quelques réserves d'interprétation..., Dr. soc. 2002. 244 - J. RAYNAUD, note sous Cons. const. 12 janv. 2002, JCP E 2003. 558. – F. SARAMITO, Une décision décevante du Conseil constitutionnel, Dr. ouvrier 2002. 41. – J.-E. SCHOETTL, La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel, LPA 21 janv. 2002

²⁵⁸ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, Cons. const., n°2017-751 DC du 7 septembre 2017

²⁵⁹ Cons. const., n°2017-751 DC du 7 septembre 2017., P. BACHSCHMIDT, « Consolidation de la jurisprudence constitutionnelle sur les ordonnances », Constitutions, juillet-septembre 2017, n° 2017-3, p. 401-402

147. Il réitérera cette solution²⁶⁰ quelques mois plus tard à l'occasion du contrôle de la loi de ratification des ordonnances²⁶¹.

148. Il demeure que la participation des travailleurs à la gestion des entreprises est maintenue au rang de notion partiellement indéterminée et dont le Conseil constitutionnel ne parvient pas à préciser les modalités²⁶².

149. La loi n°2019-486 du 22 mai 2019²⁶³, aussi appelée la loi « PACTE » a été adoptée récemment, après un contrôle du Conseil constitutionnel²⁶⁴. Ce nouveau texte comporte des dispositions visant à favoriser la participation des travailleurs à la gestion des entreprises. La loi prévoit d'augmenter le nombre d'administrateurs salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance des sociétés comptant plus de mille salariés sur le territoire français, ou cinq-mille salariés en France et à l'étranger²⁶⁵, les faisant ainsi passer à deux salariés pour huit administrateurs non-salariés, lorsqu'actuellement la loi prévoit qu'ils sont deux administrateurs salariés pour plus de douze administrateurs non-salariés. Certes, une augmentation du nombre de salariés administrateurs est notable, cependant ils ne sont pas dotés d'un droit de vote, ce qui limite fortement leur efficacité. La nouvelle loi prévoit dans un champ plus restreint²⁶⁶ que les représentants des salariés dans le conseil d'administration doivent désormais être au minimum de deux et disposent d'une voix délibérative. Cette mesure donne plus d'influence aux représentants des salariés, toutefois on ne peut parler de véritable contrepoids, d'autant plus que son envergure est faible.

150. « Si participer signifie prendre part, avoir parmi d'autres une action dans..., partager, alors les salariés qui n'ont pas de pouvoir décisionnel ne peut être considérés comme ayant un tel droit »²⁶⁷. A cela, Gilles AUZERO ajoute que « la participation à la gestion ne

²⁶⁰ Cons. const., n°2018-761 DC du 21 mars 2018., D. 2018. 2203, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2018. 677, tribune C. RADE ; *ibid.* 682, étude B. BAUDUIN ; *ibid.* 688, étude A. FABRE ; *ibid.* 694, étude Y. PAGNERRE ; *ibid.* 702, étude J. MOULY ; *ibid.* 708, étude P.-Y. VERKINDT ; *ibid.* 713, étude G. LOISEAU ; *ibid.* 718, étude D. BAUGARD et J. MORIN ; *ibid.* 726, étude C. RADE ; *ibid.* 732, étude P.-Y. GAHDOUN ; *ibid.* 739, étude LINXIN HE ; RDT 2018. 666, étude V. CHAMPEIL-DESPLATS

²⁶¹ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, JO 31 mars

²⁶² Alors même qu'il est le principal acteur qui a favorisé l'émergence du principe de participation des travailleurs

²⁶³ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO 23 mai 2019, texte n°2

²⁶⁴ Cons. const., n°2019-781 DC du 16 mai 2019, non-conformité-partielle

²⁶⁵ Projet de loi PACTE, art 62

²⁶⁶ « II. – Dans les mutuelles, unions et fédérations employant, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins mille salariés permanents », C. mut., art. L. 114-16-2

²⁶⁷ J.-P. CHAZAL, « *Les règles de gouvernement des sociétés commerciales sont-elles constitutionnelles ?* », Cah. dr. entr. mars 2013. Dossier 10

saurait être conçue autrement que comme une participation aux décisions »²⁶⁸. Bien que ces propos aient été tenus avant la vague de réformes de ces quatre dernières années, ils demeurent d'actualité.

151. La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise est aujourd'hui très minimaliste en droit français alors qu'il s'agit, d'un principe à valeur constitutionnelle.

152. Une modernisation des relations sociales est impérative dans le but d'instaurer une réelle participation des travailleurs dans l'entreprise et plus particulièrement dans le conseil d'administration ou de surveillance. L'insertion de représentants des salariés dans les instances dirigeantes des sociétés devrait être plus marquée, et plus rationnelle, d'une telle manière que ces représentants disposent des mêmes droits que ceux des administrateurs non-salariés et qu'alors une véritable cogestion de l'entreprise soit organisée. Marc VERICEL propose, à cet égard, que cette participation soit obligatoire dans toute société par action dotée d'un organe collégial, mais à un seuil bien en dessous du seuil actuel de mille salariés. Il propose également d'adapter la représentation en fonction de la nature de l'activité et de la taille de l'entreprise avec une désignation soit par le CSE parmi ses membres ou non, ou alors par un vote direct des salariés en même temps qu'ont lieu les élections des membres du CSE²⁶⁹.

153. Certaines idées très novatrices, sont probablement trop radicalement « participatives » encore pour les voir mises en place aujourd'hui en France. C'est par exemple l'idée du « bicamérisme économique » que propose d'organiser dans les entreprises la sociologue belge Isabelle FERRERAS. A l'instar d'un bicamérisme politique, le bicamérisme économique consisterait à créer une chambre des représentants des apporteurs en capital aux côtés de laquelle serait également instituée une seconde chambre composée de représentants des « investisseurs en travail », les salariés. Les décisions stratégiques de l'entreprise ne pourraient alors être prises et appliquées que par l'accord des deux chambres²⁷⁰. Une telle réorganisation de l'entreprise aurait le mérite d'instaurer une véritable participation des travailleurs. Si ce mécanisme n'enthousiasmait pas la majorité des dirigeants et chefs d'entreprises, il pourrait être intéressant d'en proposer le modèle et d'organiser juridiquement sa mise en place par la création d'un dispositif facultatif.

²⁶⁸ G. AUZERO, « *La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance* », Dr. soc. 2013. P. 740

²⁶⁹ M. VERICEL., préc.

²⁷⁰ I. FERRERAS, *Gouverner le capitalisme ?*, PUF, 2012. 8.

154. Le législateur ne cesse de créer de nouvelles normes, le cadre juridique et les moyens posés qu'il édicte sont insuffisants pour mettre en œuvre une véritable participation des salariés à la gestion des entreprises. Celui-ci n'est au demeurant pas freiné par le juge constitutionnel malgré les multiples saisines du Conseil.

Section II – La passivité du Conseil constitutionnel face à la poursuite des réformes sociales

155. Reconnu par le Préambule de 1946 comme faisant partie des principes politiques, économiques et sociaux, particulièrement nécessaires à notre temps, aux côtés des droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration des droits de l'homme²⁷¹ et du citoyen, le principe de participation se voit, dès l'origine, reconnaître une moindre juridicité. Le juge constitutionnel a été le principal acteur à avoir fourni au principe de participation sa substance et sa légitimité.

156. Depuis ces dernières années et sous le coup des dernières réformes, il est très souvent saisi afin de contrôler la constitutionnalité des lois modifiant le droit du travail²⁷². A l'inverse, aussi souvent qu'il est saisi il semble se dessaisir des questions relatives aux considérations socio-économiques et de manière générale, aux préoccupations sociétales en n'opérant plus qu'un contrôle restreint²⁷³. Ce repli alimente « le sentiment que le Conseil ne faisait fonction que de garde-barrière à l'occasion des réformes du marché du travail engagées ces dernières années, le gouvernement devant être cru sur parole lorsqu'il prétend relancer l'économie et la création d'emploi en libérant les entreprises des contraintes héritées historiquement d'un droit du travail trop protecteur des salariés »²⁷⁴. La décision récente du juge constitutionnel de valider le dispositif des accords de performance collective en est un exemple²⁷⁵. La doctrine invoque, pour partie, la prudence du Conseil constitutionnel, d'autres considèrent qu'il manque de neutralité lorsqu'il opère un contrôle en matière sociale. La décision du 12 janvier 2002 a, pour cette raison, fait couler beaucoup d'encre. Certains auteurs y voyant une hiérarchisation entre le droit à l'emploi et l'intérêt des salariés, celui-ci passant au

²⁷¹ Un rappel est opéré par le Préambule de 1946 en son premier alinéa

²⁷² Loi n°2015-994 du 17 août 2015, préc ; loi n°2016-1088 du 8 août 2016, ; loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 ; loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ; projet de loi PACTE

²⁷³ Le juge constitutionnel se contente alors de vérifier si les moyens choisis par le législateur sont en mesure de réaliser les objectifs fixés et refuse d'engager un réel débat de fond

²⁷⁴ Sur les fondements de cette politique, le dossier spécial « *Droit du travail, croissance et emploi : que faire ?* », Dr. soc., avr. 2016. ; C. RADE., « *Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaidoyer pour un changement de modèle* », Dr. soc. 2018. 726

²⁷⁵ Cons. const., n°2018-761 DC du 21 mars 2018., préc

second plan derrière l'intérêt des entreprises, en privilégiant la liberté d'entreprendre²⁷⁶. Cette position du Conseil n'est pas surprenante, il se défait des questions économiques à la fois car il s'agit de choix politiques mais également car, à l'instar de sa jurisprudence la liberté d'entreprendre ne faillit en général pas devant d'autres libertés et droits constitutionnels.

157. Le droit du travail tel qu'il est façonné par les gouvernements successifs, sous l'œil passif du juge constitutionnel, ne favorise pas par ces mesures la restauration d'un dialogue social altéré.

Section III - Le dialogue social français en crise

158. Concernant la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, son curseur est désormais placé au niveau de l'entreprise, parfois en permettant que la négociation collective s'entame sans délégués syndicaux. Les réformes ont semble-t-il pris en considération les transformations du syndicalisme en France et plus particulièrement son absence dans les entreprises²⁷⁷. La liberté syndicale et plus particulièrement l'activité syndicale entretiennent des liens étroits avec le principe de participation, si celles-ci se désagrègent et ne sont pas encouragées il en sera de même pour le droit constitutionnel figurant à l'alinéa 8 du Préambule de 1946.

159. C'est principalement au niveau de l'entreprise que la démographie syndicale fait défaut, l'histoire culturelle française y est pour beaucoup²⁷⁸. Le taux d'adhésion syndicale en France se situerait entre 8 et 11%²⁷⁹, lorsqu'il est d'environ 20% en Allemagne, 30% au Royaume-Uni et qu'il avoisine les 70% dans les pays scandinaves²⁸⁰. A l'inverse du syndicalisme et de la négociation collective dans d'autres pays, les syndicats nationaux français et leurs unités régionales et locales n'entretiennent que peu de liens, ce qui ne va pas dans le sens d'une cohérence d'ensemble des conventions et accords signés. Un réel dialogue social doit avant tout être aménagé entre les organisations syndicales, sans quoi celles-ci ne pourront être audibles lors des négociations avec l'employeur et ses représentants.

²⁷⁶ Cons. const., n°2001-455 DC du 12 janv. 2002, préc.

²⁷⁷ J.-M. VERDIER, « *Syndicalisme et fraternité* », Dr. soc 2019. 96

²⁷⁸ V. sur ce sujet J.-C. SCIBERRAS, « *Un mystère français : la résistance des syndicats au renforcement de leur pouvoir de négocier dans l'entreprise* », Dr. soc. 2018, p. 65

²⁷⁹ Taux dans le secteur privé et public, ce taux est bien inférieur dans le seul secteur privé

²⁸⁰ Statistiques de l'OCDE

160. La France est un état de tradition légaliste, de nombreuses règles sont établies par la loi et une très faible place est laissée à la négociation de manière générale²⁸¹. Là où nous y voyons une protection, les observateurs étrangers interprètent cette pratique de l'état comme intrusive. Le dialogue social est organisé et perçu davantage comme une confrontation qui tend au conflit plutôt qu'un moyen d'échange et de confiance menant à un compromis²⁸². Les ordonnances de 2017 n'encouragent pas le dialogue social en permettant de négocier et de conclure des accords sans présence des syndicats.

161. La méfiance qui règne au niveau de l'entreprise ne fait pas terreau fertile à l'implantation des organisations syndicales et les employeurs sont loin d'encourager une telle syndicalisation. Il faut alors prendre de la hauteur et se positionner au niveau de la branche pour observer l'action et l'influence plus accrue des partenaires sociaux. Or, la légitimité de la branche a été remise en cause. Alors qu'elle régulaient tout un ensemble auparavant, sa portée est affaiblie. Il a d'abord été possible de déroger aux conventions et accords collectifs qu'elle produit, de manière moins favorable, puis elle a perdu son titre d'échelon de référence dans la négociation collective. L'entreprise est alors devenue le niveau de prédilection, où sont décidées la majorité des mesures. Certes, les salariés de l'entreprise pourront être directement sollicités par l'employeur afin de valider ou non un projet d'accord, ou bien, un salarié pourra être mandaté par une organisation syndicale afin de négocier dans l'entreprise. Toutefois, ceux-ci n'ont, le plus souvent, pas les armes dont disposent les syndicats pour comprendre tous les enjeux d'un texte juridique. De plus, ils ne disposent pas non plus d'un statut protecteur²⁸³, ce qui, on a pu le voir avec les accords de performance collective, leur donne un très faible levier de persuasion.

162. Lorsque le législateur dit promouvoir, par ses réformes, le dialogue social et le principe de participation, il ne respecte, hélas, pas la lettre du texte constitutionnel. Ce droit ne s'exerçant pas directement mais par l'intermédiaire de délégués. Ces intermédiaires sont pourtant le gage d'une négociation de qualité et d'un respect du droit à la participation des travailleurs. Le législateur n'a, pour les plus petites entreprises, pas respecté ou bien, a rendu désuète cette partie du principe.

²⁸¹ A. SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, ISBN : 978-2020991032

²⁸² F. SALIS-MADINIER, « *L'organisation du dialogue social avec les syndicats, ailleurs...* », Dr. soc. 2019. P. 222

²⁸³ Cette protection s'étend pourtant à de nombreuses personnes prenant part dans les activités de l'entreprise

163. Le principe de participation se retrouve pris en otage par le législateur, un vaste champ est laissé à la négociation collective, ce qui est sans aucun doute favorable à la participation. Cependant, la méthode pour y parvenir est ignorée : les conditions organiques sont supprimées alors même que la mise en œuvre du principe se doit nécessairement de passer par une désignation d'acteurs intermédiaires aux travailleurs et bénéficiant d'une protection. Ce sont ces garde-fous qui permettent une véritable mise en œuvre du droit à la participation des travailleurs.

164. Les réformes n'ont donc pas respecté la lettre de l'alinéa 8 du Préambule de 1946, cependant, trouver des solutions n'est pas chose évidente. La présence de délégués syndicaux est rare dans les plus petites entreprises. C'est pourquoi des dispositifs pour les faire accéder à la négociation d'entreprise²⁸⁴ et ainsi pallier leur absence ont été mis en place, sans grand succès. Le législateur a fait le choix de mettre en œuvre une participation imparfaite, au lieu d'ôter aux travailleurs des très petites entreprises un de leur droit constitutionnel. Cela ressemble à un compromis, or, cette demi-mesure mène certes à une participation des travailleurs, seulement celle-ci s'effectue sans garantie d'intermédiaire. Par conséquent, il ne peut s'agir d'une usage effectif et libre du principe de participation.

165. Les ordonnances de 2017 n'ont certes pas renforcé le principe de participation des travailleurs, seulement le droit du travail et le dialogue social français comportent des atouts, plusieurs mesures peuvent être prises afin d'en concrétiser et d'en redynamiser la portée.

Section IV – De nouvelles perspectives en faveur d'un principe de participation effectif

166. Le principe de participation des travailleurs est étroitement lié avec la liberté syndicale, ces deux principes à valeur constitutionnelle sont souvent invoqués ensemble devant le Conseil constitutionnel afin de convaincre les sages. L'affaiblissement des syndicats a d'ailleurs influé sur le principe du huitième alinéa du Préambule de 1946. Une « réanimation » de ceux-ci aurait nécessairement le pouvoir d'engendrer un regain du principe. François SADINE-MADINIER parle à cet égard d'« impérieuse nécessité de légitimer les corps intermédiaires ». Dans un contexte social bouleversé, à la fois par les réformes sociales qui s'enchaînent et par les mouvements sociaux qui durent depuis la fin de l'année 2018²⁸⁵. La

²⁸⁴ Les commissions paritaires régionales interprofessionnelles et les observatoires d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation

²⁸⁵ M. GRIGNARD., « *Des Gilets jaunes aux ordonnances travail* », Dr. soc. 2019. 217

décentralisation de la négociation collective et du dialogue social n'a pas été suivie d'une décentralisation de l'action syndicale, ce qui entache la qualité et la légitimité des normes conclues. Il serait alors possible, comme en Suède – bien qu'aucun modèle ne soit transposable à un autre – d'encourager les travailleurs à se syndicaliser en conditionnant l'application des normes collectives issues de la négociation collective à l'adhésion à un syndicat. Cela impliquerait une remise en cause de l'effet *erga omnes*, qui imprègne depuis toujours le droit du travail français²⁸⁶. Un tel changement serait mal accueilli par les travailleurs.

167. Pour arriver à prendre ces décisions, il faut au préalable qu'un profond changement idéologique soit entrepris. En France, les syndicats sont souvent méconnus voire aspirent à un sentiment de défiance²⁸⁷, parfois même auprès des travailleurs qui en sont les premiers bénéficiaires. Les objectifs et l'importance de l'action syndicale sont peu enseignés auprès des jeunes aujourd'hui, ces derniers devraient être davantage sensibilisés et formés par le système éducatif national afin de connaître le rôle des syndicats et du dialogue social dans la vie professionnelle. Cette solution ne permet cependant pas de remédier immédiatement à cette crise des intermédiaires.

168. Dans l'entreprise, les employeurs et dirigeants des entreprises devraient saisir l'importance du dialogue social et repenser le management en fonction afin d'encourager la syndicalisation et d'avoir des interlocuteurs. Une culture du dialogue doit être instaurée de manière générale pour les questions à la fois sociales mais également économiques de l'entreprise. Trop longtemps ces deux volets ont été traités séparément, les dirigeants et décideurs pensant, à tort, qu'ils ne sont pas imbriqués. Cela implique d'inviter les représentants des salariés dans les lieux de décision, et ce, même dans les plus petites structures. Pour exemple, en Suède, la participation des travailleurs à la gestion est mise en œuvre à partir du seuil de vingt-cinq salariés²⁸⁸.

169. Afin de placer les préoccupations liées à la santé et à la sécurité au travail au même niveau que le volet économique et stratégique de l'entreprise, il serait judicieux de rétablir une institution représentative du personnel autonome pour traiter ces thématiques. En somme, il s'agirait de rétablir un CHSCT, doté des mêmes compétences tout en leur accordant davantage de prérogatives et de légitimité. Sa mise en place ne peut être facultative en deçà de cinquante salariés, le seuil pourrait d'ailleurs être abaissé. Des moyens supplémentaires devraient lui être

²⁸⁶ A. SUPIOT, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1987, ISBN 978-2-247-00805-6

²⁸⁷ J-C. SCIBERRAS., « *Comment renforcer le dialogue sociale en France ?* », Dr. soc. 2019. P.224

²⁸⁸ F. SALIS-MADINIER., préc

accordés et son avis devrait être sollicité dans de plus nombreux cas. En outre, le nombre de représentants devrait être augmenté²⁸⁹ et leur formation renforcée²⁹⁰. La coordination et coopération entre celui-ci et le CSE gagnerait à être organisée afin que les décisions et orientations ne manquent pas de cohérence ou ne soient pas incompatibles. Actuellement, les questions de santé, de sécurité et de bien être en entreprise sont considérées comme étant en opposition avec les questions de développement économique et de compétitivité. Or, la prise en compte des intérêts des travailleurs est un véritable atout pour l'entreprise, cela encourage les salariés à s'investir et à participer à son développement, il s'agit d'un réel avantage pour le développement et la croissance.

²⁸⁹ Le nombre de représentants au CHSCT était très insuffisant cf. C. trav. Art. R. 4613-1. Anc.

²⁹⁰ P.-Y. VERKINDT, Les CHSCT au milieu du gué, préc. ; v. aussi : P.-Y. VERKINDT et L. LEROUGE, Sauvegarder et renforcer le CHSCT : un enjeu majeur de santé au travail, Dr. soc. 2015. 365

Conclusion

170. Le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, ne saurait être remis en cause. Son assise constitutionnelle est certaine et sa prise en considération, tant par le législateur que par le juge, est incontestable. Les différentes institutions permettant sa mise en œuvre ne sont, cependant, pas les seuls leviers d'action afin qu'une véritable participation des travailleurs soit réalisée.

171. Le contexte économique et social est indubitablement un paramètre à prendre en compte. La situation économique d'un état influe en premier lieu sur les mesures et les réformes entamées par les gouvernements et le législateur. Dans un contexte économique tendu, les préoccupations ont tendance à être écartées des débats. En conséquence, le climat social peut être altéré. Les mouvements sociaux à répétition témoignent de ce profond dysfonctionnement. La participation est pourtant la clé de voûte d'une démocratie sociale saine, François Mitterrand disait à ce sujet que « l'homme ne pourra plus accepter de travailler sans créer ni participer aux décisions. »

172. Aujourd'hui, face à un taux de chômage important, les réformes entamées n'ont pas saisi toutes les variables de la situation. Les choix économiques ont guidé les changements opérés dans le droit du travail français. Le principe de participation des travailleurs, sans être annihilé n'est mis en œuvre que modestement et se trouve parfois, placé sous conditions. Peut-être est-il voué à ne jamais recevoir pleine exécution à l'inverse de certains droits sociaux à valeur constitutionnelle comme le droit de grève ou la liberté syndicale. Cela semble, difficilement réalisable tant qu'un authentique dialogue social n'aura pas été (r)établi.

173. Le choix de notre droit social sera déterminant, non seulement pour les travailleurs, mais également pour l'ensemble de notre société. La prise en compte du bien être dans l'entreprise est indispensable et une répartition des compétences, équilibrée entre les dirigeants et les travailleurs, permettrait de mettre en œuvre le principe de participation de manière effective. L'assise constitutionnelle du principe, telle qu'elle se présente aujourd'hui, ne permet pas, cette authentique réalisation. Il est de ce fait légitime de se demander si une révision constitutionnelle devrait être opérée.

Index

A

Accord collectif.....27, 54, 72, 76, 77, 79
Accord de branche.....29, 113, 121, 134
Accord d'entreprise.....29, 121, 125, 129
Accord de performance collective....138, 139
Accord intra-groupe.....24
Accord inter-entreprise.....24
Accord majoritaire.....29, 125, 139
Accord minoritaire.....127
Accord national interprofessionnel.....24, 72
Activité syndicale.....158
Agent public.....95
Audience.....70

B

Branche professionnelle...24, 44, 134, 135,
136

C

Comité d'entreprise.....12, 20, 38, 39, 40, 90
CHSCT.....13, 42,
43
Comité social et économique.....18, 91, 107, 108
Conseil d'administration.....20, 143, 149
Conseil de surveillance.....20, 143
Contrôle de constitutionnalité.....49, 56
Convention collective.....6, 9, 75, 122

D

Délégation unique du personnel.....16
Délégué.....3, 5, 10, 69
Délégué du personnel.....11, 37, 90
Délégué syndical.....10, 19, 31, 158
Démocratie sociale.....1, 8, 31
Dialogue social.....1, 30, 93, 159, 160
Disposition supplétive.....28

G

Gestion des entreprises.....2, 5, 20, 143

I

Information-Consultation.....	84, 144
Institution représentative du personnel....	10, 15, 16, 17, 90
Intéressement.....	44

L

Liberté syndicale.....	63, 64, 158, 166
------------------------	------------------

N

Négociation collective.....	24, 26, 27, 28
Norme professionnelle.....	24, 25

O

Ordre public absolu.....	28
Ordre public social.....	28, 54, 122
Organisation syndicale.....	19

P

Partenaires sociaux.....	1, 124, 137, 139
Participation.....	2, 3, 5
Participation financière.....	44, 46
Préambule.....	3, 6
Principe de faveur.....	41, 74

Q

Question prioritaire de constitutionnalité.....	56
--	----

R

Représentativité	57, 70, 87
Représentant (des travailleurs).....	2, 10

S

Syndicat.....	57, 113, 125
Salariés.....	3, 10
Salarié mandaté.....	24, 161
Salarié protégé.....	21

T

Travailleur(s).....	3, 9
---------------------	------

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX

- BRUN A., GALLAND H., *Droit du travail, Les rapports collectifs de travail*, tome II, Dalloz Sirey, 1958
- CHAGNOLLAUD DE SABOURET D., *Droit constitutionnel contemporain 1*, 9^e éd, Cours dalloz, 2017
- COEURET A., LIEUTIER J-P., *Droit du travail*, Dalloz, coll Mementos, 1^e éd. 2018
- DE VILLIERS M., LE DIVELLEC A., *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11^e Ed. Coll Dictionnaires Sirey, 2017
- DOCKES E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 32^e éd., 2018.
- GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd. Dalloz, 2018-2019
- HESS-FALLON B., SIMON A-M., MAILLARD-PINON S., *Droit du travail*, Dalloz coll Aide-mémoire Sirey, 25^e éd., 2019
- TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, 8^e éd, Précis Dalloz, 2018
- WOLMARK C., PESKINE E., *Droit du travail 2019*, 12^e éd., Dalloz HyperCours, 2018 (post-réforme)
- WOLMARK C., PESKINE E., *Droit du travail 2017*, 11^e éd., Dalloz HyperCours, 2016

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES

- BORENFREUND G., *La volonté des salariés dans les relations collectives de travail*, in T. SACHS (dir.), *la volonté du salarié*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012
- CAPITANT R., *Ecrits constitutionnels*, Editions du CNRS, 1987
- *Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2019.*, Dalloz, 8^e éd, 2018
- DESAULNAY O., « *L'application de la Constitution par la Cour de cassation* », coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Dalloz 2009
- Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges dédiés à François GAUDU, IRJS 2014. 133.
- FERKANE Y., *L'accord collectif de travail*, Dalloz, coll Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017
- LYON-CAEN A., *Ordonnances Macron*, Dalloz, 1^e éd, 2017
- MORIN M-L., PECAUT-RIVOLIER L., STRUILLLOU Y., *Le guide des élections professionnelles 2011/2012*, 2^e éd, coll Guides Dalloz, 2011
- ODOUL-ASOREY I., « *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit* », coll « Bibliothèque de droit social », tome 59, LGDJ, 2013, préface M.-A. SOURIAC, prix de thèse de AFDT
- OGIER-BERNAUD V., *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, PUAM, 2003
- PELLOUX R., « *Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946* », RDP 1947

III. ARTICLES, RAPPORTS

- AUZERO G., « *La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise* », Dr. soc 2015. p.1006
- AUZERO G., « *La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance* », Dr. soc. 2013. P. 740
- BELIER G., « *Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ?* », RDT 2010 p. 76

- BELIER G., *rapport au ministre du Travail relatif au développement des institutions représentatives du personnel dans les PME*, 29 mars 1990; v. Sem. soc. Lamy, 2 avr. 1990
- BERNAUD V., « *La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et déceptions* », Dr. soc 2015. p. 960
- BERNAUD V., « *Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit du travail* », Dr. soc. 2011. 141
- BERNAUD V., « *Vers un renouvellement du droit constitutionnel du travail par les décisions QPC ?* », Dr. soc. Nov 2011. 1011
- BERNAUD V., GAY L., « *Droit constitutionnel, le Conseil constitutionnel et le droit social* », Rec. Dalloz 2011 p. 1713
- BEROUD S., « *Représentation syndicale, représentativité et négociation* », Dr soc. 2018, p. 264
- BORENFREUND G., « *La fusion des institutions représentatives du personnel* », RDT 2017, p. 608
- BORENFREUND G., « *L'articulation du contrat de travail et des normes collectives* », Droit ouvrier 1997, pp. 514-528
- CANUT F., GEA F., « *Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie)* », Dr. soc 2017, p. 47
- CHAZAL J.-P., « *Les règles de gouvernement des sociétés commerciales sont-elles constitutionnelles ?* », Cah. dr. entr. mars 2013. Doss. 10
- CHEROT J.-Y., « *Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel* », Gaz/Pal. 1994 II, doct p. 687
- CORMIER LEGOFF A., KRIVINE J., « *La négociation sur le CSE à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier* », Dr. soc. 2019., p. 204
- DE VIRVILLE M., *Pour un code du travail plus efficace, rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, janv. 2004
- DIRRINGER J., « *La représentation collective des salariés : bagatelle ou sentinelle ?* », Dr. soc. 2018. p.253
- DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « *La QPC en droit du travail* », Dr. soc 2015. p. 480
- FABRE A., « *Inépuisable droit à l'emploi...qui justifie tout et ne protège rien* », RDT 2017. p. 720

- FABRE A., « *L'articulation des niveaux de négociation devant le Conseil constitutionnel* », Dr. soc 2018. p. 688
- FABRE A., « *Les négociateurs sociaux « seuls juges » du principe d'égalité* », Dr. soc 2015. 237
- FABRE A., *Quid du principe de faveur ?*, « *L'articulation des niveaux de négociation devant le Conseil constitutionnel* », Dr. soc. 2018 p. 688
- FALISE F., « *Quelle place pour les branches professionnelles dans le nouveau paysage de la formation professionnelle et de l'apprentissage ?* », Dr. soc. 2018
- FAVENNEC-HERY F., WEISSMANN R., « *Les dérogations en droit du travail – Le recours à l'accord dérogatoire* », Dr. soc 2017. p.715
- FERKANE Y., « *De quelques usages du principe de participation* », Cass., soc 4 oct. 2017, n°16-17.517 Bull ; Cons. const. 4 août 2017, n°2017-652 QPC, RDT 2018, p. 87
- FILOCHE G., *Rapport du Conseil économique, social et environnemental* présenté par « *Vingt ans de CHSCT* », 2001
- FONT N., « *Le droit à la participation des fonctionnaires* », Dr. soc 2015, p. 967
- GAHDOUN P-Y., « *Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop « relâché » ?* », Dr. soc. 2018 p.732
- GAURIAU B., « *L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018* », Dr. soc. 2018. 504 s
- GAURIAU B., « *Comité social et économique – L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique* », Sem. jur. soc., n°24, 19 juin 2018, 1204
- GREVY M., « *Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise* », RDT oct. 2010
- GRIGNARD M., « *Des Gilets jaunes aux ordonnances travail* », Dr. soc. 2019. 217
- GOURGUES G., YON K., « *Référendums d'entreprise et conflictualité sociale. Elements pour un bilan des réformes du droit du travail* », RDT 2018, p. 838
- HAMON, « *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Dr. soc. 1983. 159
- JAMAY F., « *Principe de participation* », JCI. Environnement et Développement durable, Fasc 2440, 2018
- KEIM-BAGOT M., « *Le nouveau droit de la négociation collective* », JT 2018, n°208. p.18

- KERBOURC'H J-Y., « *Représentants du personnel – La refonte des institutions du personnel (ord. N°2017-1386, 22 sept. 2017)* », Sem. jur. soc., n°40, 10 oct. 2017, 1313
- LACHMANN, LAROSE et PENICAUD., Rapport « *Bien être et efficacité au travail* », 2010
- LEROUGE L. VERKINDT P.-Y., « *Sauvegarder et renforcer le CHSCT : un enjeu majeur de santé au travail* », Dr. soc. 2015. 365
- LOISEAU G., « *Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie* », Dr. soc. 2018 p. 713
- LOKIEC P., « *Le référendum en matière de négociation collective est-il un facilitateur de la négociation collective ?* », « *Ordonnances – Trois questions/réponses autour de la négociation collective* », Cah. de droit de l'entreprise n°2, mars 2019, doss. 10
- LOKIEC P., « *Loi Travail : la négociation collective après la réforme* », Lexbase hebdo éd. Soc., 1er sept. 2016
- LOKIEC P., « *Qui dit conventionnel dit juste, L'avènement d'un nouveau dogme* », JCP. S. 2015. 282
- LYON-CAEN G., « *La Constitution française et la négociation collective : commentaire de la décision n° 96-383 DC par un esprit « non prévenu* », Dr. ouvrier 1996. 479
- MANANGA F., « *La grande innovation : le comité social et économique* », JA 2018, n°575, p.18
- MONTAIGNE Institut, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, rapport de sept. 2015, v. not. Proposition n° 4 ; v. égal. *Reconstruire le dialogue social*, rapport de juin 2011
- MOREL F., « *Démocratie sociale : de l'utilité d'une révision constitutionnelle ?* », JCP 2013. 1460.
- MOREL F., « *Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise* », Dr. soc 2016. p. 405
- MORIN L., « *Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective* », Dr. soc. 1997. 25
- NADAL S., « *La représentation universelle des salariés des très petites entreprises : derrière l'ambition annoncée, le minimalisme d'une réforme* », RDT. 2015
- ODOUL-ASOREY I., « *La négociation collective, confortée par le principe de participation ?* », Dr. soc 2015, p. 987

- ODOUL-ASOREY I., « *L'autorisation à déroger par accord collectif de travail à des dispositions législatives d'ordre public* », RDT 2017. p. 211
- PAGNERRE Y., « *Les accords de performance collective* », Dr. soc. 2018., p. 694
- PESKINE E., « *La célébration de l'accord collectif d'entreprise* », Dr. soc 2014. p. 438
- PESKINE E., « *La chambre sociale, architecte imprudent de la négociation collective* », note ss. Soc. 27 janv. 2015, RDT 2015. 339
- PETIT F., « *La protection de la liberté syndicale par la Constitution* », Dr. soc 2014, p. 340
- PETIT F., « *Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ?* », Dr. soc. 2015, p. 952
- PETIT F., « *L'effectivité du principe de participation* » Dr. soc. 2014. 88
- PETTEX-SABAROT J., « *La négociation à l'épreuve des articles L.2253-5 à L. 2253-7 du Code du travail* », Sem. jur. soc. n°50, 18 déc. 2018, 1405
- PRETOT X. , « *Les bases constitutionnelles de la négociation collective* », TPS, janv. 1997, p. 4
- PRETOT X., « *Les bases constitutionnelles du droit social* », Dr. soc. 1991, p. 187
- RADE C., « *Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaider pour un changement de modèle* », Dr. soc. 2018. 726
- RADE C., « *QPC et droit du travail : l'occasion manquée ?* », Dr. soc. 2015. P. 497
- RAY J.-E., « *La place de la négociation collective en droit constitutionnel* », Nouv. Cah. Cons. const, 2014, n°45, p. 21.
- REMY P., « *Le droit à la participation en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?* », Dr. soc. 2015 p. 974
- « *Salariés bénéficiaires du principe de participation : le problème des seuils d'effectifs et des salariés mis à disposition* », Le Lamy négociation collective, 2018
- SALIS-MADINIER F., « *L'organisation du dialogue social avec les syndicats, ailleurs...* », Dr. soc. 2019. p. 222
- SCHMALTZ B., « *La négociation collective à l'épreuve des compétences des autorités normatives de l'Etat* », AJDA 2015, p. 2047
- SCIBERRAS J-C., « *Comment renforcer le dialogue sociale en France ?* », Dr. soc. 2019. P.224
- SCIBERRAS J-C., « *Un mystère français : la résistance des syndicats au renforcement de leur pouvoir de négocier dans l'entreprise* », Dr. soc. 2018, p. 65

- TISSANDIER H., « *L'irrésistible ascension de l'accord collectif face au principe d'égalité de traitement* », Sem. soc. Lamy 2016, n° 421.
- VERDIER J-M., « *Syndicalisme et fraternité* », Dr. soc 2019. 96
- VERICEL M., « *Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise* », Dr. soc. 2018. 924
- VERKINDT P-Y., « *... A celui qui n'a pas, même ce qu'il a lui sera retiré* », Dr. soc. 2018. p. 708
- VERKINDT P-Y., « *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi* », Dr. soc 2015. P. 954
- VERKINDT P-Y., « *Les CHSCT au milieu du gué : 33 propositions en faveur d'une instance de représentation du personnel dédiée à la protection de la santé au travail* », 2013

Table des matières

Remerciements	2
Sommaire	3
Introduction	4
PARTIE I - Une consécration apparente du principe de participation des travailleurs	18
Chapitre I - Un essor timide du principe porté par un double acteur	18
Section I – Une reconnaissance progressive par le législateur.....	18
Section II - Une reconnaissance législative renforcée par le volontarisme des juges.....	22
Chapitre II - Une expansion matérielle et personnelle du principe de participation.....	29
Section I – L’extension matérielle du champ d’application du principe.....	29
Section II – Un élargissement des travailleurs concernés par le principe	36
PARTIE II - Une réalisation artificielle du principe de participation des travailleurs.....	43
Chapitre I - La contraction du principe de participation par les réformes récentes	43
Section I - Une représentation des travailleurs affaiblie	43
Section II - Une négociation collective au renforcement illusoire.....	48
Chapitre II – La paralysie du principe de participation dans un contexte social stérile.....	56
Section I - Une participation à la gestion des entreprises purement symbolique.....	56
Section II – La passivité du Conseil constitutionnel face à la poursuite des réformes sociales	60
Section III - Le dialogue social français en crise	61
Section IV – De nouvelles perspectives en faveur d’un principe de participation effectif	63
Conclusion.....	66
Index.....	68
Bibliographie.....	70
Table des matières	77

