



BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail

Dirigé par Monsieur le Professeur Bernard TEYSSIÉ

2016

***Le dialogue social d'entreprise
en droit européen du travail***

Valentino ARMILLEI

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard TEYSSIÉ

Le dialogue social d'entreprise en droit européen du travail

par **Valentino Armillei**

sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard Teysié

Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail

PROMOTION DE PARDIEU BROCAS MAFFEI

Année universitaire 2015-2016

A mon père.

Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Remerciements

Je tiens à remercier le Professeur Teyssié pour la formidable opportunité qu'il m'a offerte en m'acceptant au sein du D.P.R.T. Ses conseils avisés ainsi que sa présence indéfectible ont constitué une aide précieuse.

Je tiens également à remercier l'ensemble du Laboratoire de Droit social, et notamment Lydie Dauxerre pour sa gentillesse, ses relectures et ses encouragements. Son dévouement est la source d'une force inépuisable pour chacun des étudiants du Laboratoire, pour cela, merci.

Je remercie également toute la promotion De Pardieu Brocas Maffei, pour la bonne humeur avec laquelle toute cette année s'est déroulée, et Catherine Lebrét pour son humour insoupçonné.

Plus particulièrement, je remercie Camille pour ses relectures, son intelligence et ses critiques toujours pertinentes ; elle fut « le lièvre » qui m'était nécessaire afin que la rédaction puisse avancer.

Je remercie enfin mes parents pour leur soutien sans faille, non seulement au cours de cette année, mais depuis bien longtemps.

Liste des principales abréviations

Art. : Article.

B.I.T. : Bureau International du Travail.

Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de Cassation.

Cass. 2^{ème} Civ : Cour de Cassation, 2^{ème} Chambre Civile.

Cass. Ch. Mixte : Cour de Cassation, Chambre Mixte.

Cass. crim. : Cour de Cassation, Chambre criminelle.

Cass. soc. : Cour de Cassation, Chambre sociale.

CE : Conseil d'État.

Cf. : Confer.

CHSCT : Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail.

C.J.C.E. : Cour de Justice des Communautés Européennes.

C.J.U.E. : Cour de Justice de l'Union Européenne.

C.P.J.I. : Cour Permanente de Justice Internationale.

Cons. prud'h. : Conseil de prud'hommes.

D. : Dalloz Recueil.

Dir. : Directive.

Dr. soc. : Droit social.

E.E.E. : Espace Économique Européen.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

I.R.E.S. : Institution de Recherches Économiques et Sociales.

J-CI : JurisClasseur.

JCP E : La Semaine Juridique Édition Entreprise et Affaires.

JCP G : La Semaine Juridique Edition Générale.

JCP S : La Semaine Juridique Édition Sociale.

J.O.R.F. : Journal Officiel de la République Française.

J.O.U.E. : Journal Officiel de l'Union Européenne.

O.I.T. : Organisation Internationale du Travail.

O.N.U. : Organisation des Nations-Unies.

p. : Page.

R. : Rapport annuel de la Cour de cassation.

R.D.T. : Revue de Droit du Travail.

Rép. Civ. Dalloz : Répertoire Civil Dalloz.

R.F.D.C. : Revue Française de Droit Constitutionnel.

R.G.D.I.P. : Revue Générale de Droit international Public.

R.I.D.C. : Revue Internationale de Droit Comparé.

R.I. trav. : Revue Internationale du Travail.

R.J. Com. : Revue de Jurisprudence Commerciale.

R.J.S. : Revue de Jurisprudence Sociale.

RTD Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil.

RTD Com. : Revue Trimestrielle de Droit Commercial.

RTD Eur. : Revue Trimestrielle de Droit Européen.

SSL : Semaine Sociale Lamy.

Traité F.U.E. : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

T.P.I. : Tribunal de Première Instance des Communautés européennes.

V. : Voir.

Sommaire

INTRODUCTION	8
---------------------------	---

TITRE I : LE DIALOGUE SOCIAL AU SERVICE DE LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR DANS L'ENTREPRISE	21
--	----

<i>Chapitre 1 : Le dialogue social au service de la protection du corps du travailleur</i>	22
--	----

<i>Chapitre 2 : Le dialogue social au service de la protection de l'emploi du travailleur</i>	60
---	----

CONCLUSION DU TITRE I	118
------------------------------------	-----

TITRE II : LE DIALOGUE SOCIAL AU SERVICE DE LA PARTICIPATION DU TRAVAILLEUR A LA GESTION DE L'ENTREPRISE	119
---	-----

<i>Chapitre 1 : Le dialogue social avec les organes de décision</i>	120
---	-----

<i>Chapitre 2 : Le dialogue social dans les organes de décision</i>	183
---	-----

CONCLUSION DU TITRE II	205
-------------------------------------	-----

CONCLUSION GENERALE	206
----------------------------------	-----

INTRODUCTION

« *Personne par la guerre ne devient grand* »¹.

1. *In varietate concordia*². – Telle est la devise de l'Union européenne³. L'Europe fut un continent longtemps mutilé par des guerres incessantes. Les Etats qui le composent sont de cultures assez diverses pour ne pas s'entendre mais assez proches pour se sentir en concurrence les uns avec les autres, entraînant la multiplication des conflits.

2. La paix. – Clémenceau a prononcé ces mots, restés célèbres, à la fin du premier conflit mondial : « *L'Allemagne a voulu la guerre totale, elle aura désormais la paix totale* ». En réalité, le désir de trouver un terrain d'entente en Europe afin de mettre fin aux conflits qui l'écorchent fréquemment date de l'Ancien Régime⁴. Déjà en 1490, le roi de Bohême (actuelle République tchèque) avait proposé au roi de France la création d'une confédération européenne permettant de garantir la paix. En 1795, Emmanuel Kant a publié *Vers la paix perpétuelle*, une recherche sur les moyens d'amener la paix en Europe. En 1848, l'opuscule de Victor Hugo intitulé « *Des Etats-Unis d'Europe* », plaçait l'Europe, unie, face aux Etats-Unis d'Amérique.

¹ YODA, in Star Wars : Episode 5 : L'empire contre-attaque.

² Unie dans la diversité.

³ « *Cette devise signifie que, au travers de l'Union européenne, les Européens unissent leurs efforts en faveur de la paix et de la prospérité, et que les nombreuses cultures, traditions et langues différentes que compte l'Europe constituent un atout pour le continent* » :

http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index_fr.htm.

⁴ J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, éd. Dalloz, 2006, p. 15.

3. L'instrument de la paix. – La construction européenne a permis de regarder les diversités européennes comme une force et non comme une faiblesse. L'interdépendance économique, initialement organisée de façon artificielle, est devenue une réalité implacable, imposée par la mondialisation de l'économie. La naissance et la multiplication des acteurs transnationaux ont entraîné un *besoin* de régulation européenne, confirmant l'analyse selon laquelle « *les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; [...] elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites* »⁵. Néanmoins, la diversité est telle que peu de solutions existent pour que l'adoption de la norme européenne ne soit pas conçue comme un traumatisme par certains Etats. En matière sociale, où les spécificités nationales sont exacerbées, il est nécessaire d'impliquer les sujets de droit à son élaboration. Le dialogue profite ainsi d'une priorité absolue ; le dialogue social d'entreprise (**Section 2**) s'inscrit parfaitement dans le cadre du droit européen du travail (**Section 1**). De ce dialogue émergent des questions qui demeurent encore sans réponse (**Section 3**).

⁵ J.-E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 21 janv. 1801.

Section 1 : Le droit européen du travail

4. Une tentative de définition du droit (§1) européen (§2) du travail (§3) permettra de déterminer le cadre dans lequel évoluent les acteurs du dialogue social d'entreprise.

§1. – Le Droit

5. Définition. – « *Le Droit est un ensemble de règles qui permettent à l'homme de vivre en société. Cette définition est enseignée aux étudiants de première année. Elle est simple, simpliste. Et pourtant, le professeur que je suis ne saurais en donner une meilleure version* »⁶. Le Professeur Delvolvé nous offre un aveu terrible. Le juriste ne connaît pas avec certitude l'objet de la matière dont il se prétend spécialiste. La plupart des tentatives de définition tombent dans deux excès. La définition du Droit se confond tantôt avec ses conséquences – il permet à l'homme de vivre en société – tantôt avec ses manifestations – un « *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées* »⁷. S'arrêter à cette définition revient à oublier l'étymologie du terme.

6. Jus est ars boni et aequi. – L'ensemble des règles de droit constitue en réalité l'outil du « Droit-substance ». L'étymologie du Droit ne se résume pas à la norme « droite » (« *directum* ») ; elle recouvre surtout le *Jus*⁸. Les juristes romains définissaient le Droit comme « *l'art du bon et du juste* » ou encore « *l'art de rendre à chacun ce qui est le sien* »⁹. Ulpien insistait particulièrement sur la volonté du Droit : il doit sciemment faire « le bon » et tenter de retirer l'aléa – le « heur » – au bonheur¹⁰.

7. Le droit est également un « art » qui permet de réguler les comportements humains. Il empêche l'homme d'être « *un loup pour l'homme* »¹¹ et protège l'intérêt général de la satisfaction d'intérêts particuliers¹². Son efficacité et son impérativité supposent néanmoins que les normes soient édictées à une échelle pertinente. Si l'Etat a longtemps été un cadre approprié, la multiplication du nombre d'entreprises dont la taille déborde largement du cadre de l'Etat-Nation met en évidence l'obsolescence des normes conçues à cette échelle. La loi du

⁶ P. DELVOLVÉ, *Discours de rentrée prononcé dans le Grand Amphithéâtre de l'Université Panthéon-Assas Paris II*, 7 octobre 2014.

⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF quadrige, 2012, p. 370, V. *Droit*.

⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF quadrige, 2012, p. 589, V. *Jus*.

⁹ J-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, éd. Broché, 2015, p. 56.

¹⁰ E. COBAST, *Leçons particulières de culture générale*, éd. PUF, 2013, pp. 44- 58.

¹¹ T. HOBBS, *Léviathan*, éd. Folio, 2000, p. 46, reprenant une formule de Plaute : « *Homo hominis lupus est* ».

¹² G. RIPERT, *Le déclin du droit*, éd. LGDJ, 1949, n° 8.

marché ainsi que la nécessité d'une concurrence mondiale structurée renforcent la pertinence des associations d'Etats. L'Union européenne en constitue l'une des formes les plus abouties.

§2. – Le droit européen

« Un jour viendra où la France, vous Russie, vous Italie, vous Angleterre, vous Allemagne, vous toutes, nations du continent, sans perdre vos qualités distinctes et votre glorieuse individualité, vous vous fondrez étroitement dans une unité supérieure, et vous constituerez la fraternité européenne, absolument comme la Normandie, la Bretagne, la Bourgogne, la Lorraine, l'Alsace, toutes nos provinces, se sont fondues dans la France »¹³.

8. Un Etat qui s'ignore européen ? – Par-delà les frontières articulées par l'Histoire, les Alpes, les Pyrénées, l'Oural, le Rhin, la Volga et la Manche, se cache un *unique* ensemble de peuples indissolublement liés par cette même Histoire qui les a tant divisés par le passé. Tous partagent la conception gréco-romaine du Droit ; un pouvoir, toujours moins diffus au fur et à mesure que se complexifie la société, et « *transmis de l'Un à l'Etat, [il] est cette idée d'une puissance organisée de la communauté sur chacun de ses membres et d'une puissance permanente dissociée de son titulaire passager* »¹⁴. L'Union européenne est permanente et se perpétuera, que des Etats y adhèrent¹⁵ ou en sortent¹⁶. Il existe en effet un consentement au pouvoir européen. « *Le consentement s'impose pour fonder l'Etat légitime. Lui seul permet la perpétuation pacifique de l'Etat* »¹⁷. Jacques Delors affirmait que l'Union européenne formait une « *Fédération d'Etats Nations* »¹⁸. En plus d'être un bel oxymore, l'expression résume parfaitement la nature schizophrène de l'Union européenne : l'unité dans la diversité.

9. Un Droit européen. – Les Etats membres de l'Union ont, de leur plein gré, abandonné une parcelle de leur souveraineté à l'Union européenne. Dès la conclusion du traité de Rome le 25 mars 1957, quatre piliers économiques furent instaurés afin de créer un marché commun : la liberté de circulation des marchandises, la liberté de circulation des personnes, la libre

¹³ V. HUGO, *Discours du 21 août 1849*, Congrès international de la Paix, Paris.

¹⁴ O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd. Seuil, 2011, pp. 20-28.

¹⁵ La Croatie est devenue le 28^{ème} membre de l'Union européenne le 1^{er} juillet 2013.

¹⁶ V. les débats autour d'un éventuel « *Brexit* ».

¹⁷ O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd. Seuil, 2011, p. 32.

¹⁸ J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, éd. Dalloz, 2006, p. 15.

prestation de service et la libre circulation des capitaux¹⁹. Ces domaines constituent des libertés économiques fondamentales que la Cour de justice s'ingénie à défendre. En revanche, « *l'Union européenne ne peut porter atteinte aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles des Etats* »²⁰. Le droit européen est donc circonscrit à certaines matières, mais dispose d'un pouvoir entier en ce qui les concerne.

10. Les normes européennes. – Le droit européen est une pyramide autonome. Chaque norme adoptée doit, pour être valable, se conformer à la norme supérieure. Ainsi, le Traité sur l'Union européenne, véritable constitution européenne, distribue les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire à chacun des organes compétents de l'Union. Il constitue, avec le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, le droit « primaire ». Il s'agit du droit produit par les Etats eux-mêmes, qui donne naissance à l'Union et en assure le fonctionnement. Le droit produit par les institutions européennes forme le droit « dérivé » : règlements, directives et décisions en constituent le pain quotidien.

11. OIT et Conv. EDH. Tout comme la pyramide de l'Union européenne influence²¹ et intègre les pyramides normatives nationales, elle est elle-même influencée par d'autres normes suprnationales, qu'elles soient européennes – comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²² – ou internationales – à l'instar des conventions adoptées au sein de l'Organisation Internationale du Travail.

§3. – Le droit européen du travail

12. Définition. – Le droit n'est pas d'essence nationale mais d'essence *territoriale*. Le droit du travail pour sa part, même s'il n'échappe pas à ce principe, revêt un caractère culturel marqué. Le travail est « *l'activité humaine, manuelle ou intellectuelle, exercée en vue d'un*

¹⁹ *Ibid*, p. 36.

²⁰ Traité sur l'Union européenne, art. 4, §2.

²¹ P. RODIERE, *L'influence du droit communautaire et du droit international*, Dr. soc. 2008, p. 895.

²² Les sphères s'entrechoquent parfois, V. F. BENOIT-ROHMER, *L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope, à propos de l'avis 2/13 de la Cour de justice*, RTD Eur. 2015, p. 593 ; J-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail*, Dr. soc. 2014, p. 641.

résultat utile déterminé »²³ ; le travail subordonné est « *celui qui s'exécute sous l'autorité de la personne qui acquiert le résultat, en vertu d'un contrat de travail* »²⁴. Le droit du travail fixe le niveau de protection accordé par la société d'un Etat à ses travailleurs²⁵. Le droit européen du travail détermine le niveau de protection accordé par l'Union aux citoyens européens²⁶. Le législateur européen a procédé par voie de directives²⁷. Cette technique doit son succès à sa grande souplesse. En effet, les Etats membres bénéficient, selon le texte de la directive, d'une marge de manœuvre variable mais parfois considérable quant aux modalités de mise en œuvre de l'objectif poursuivi par l'Union.

13. Le champ de compétence. – « *Il n'est pas de droit communautaire hors de son champ d'application* »²⁸. L'article 152 du TFUE vise « *une délégation de pouvoir normatif* » faite par les Etats à l'Union européenne. Cette formulation est le signe de « *l'émergence d'un véritable droit commun du travail* » au niveau européen²⁹. Néanmoins, ce *jus commune* est restreint à certains domaines par l'article 153 du TFUE³⁰. Certains thèmes demeurent des terres

²³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF Quadrige, 2012, p. 848, V. *Travail*.

²⁴ *Ibid* ; l'Union européenne a une conception plus large du salarié, elle connaît, dans ses normes, « des travailleurs » ; la doctrine française tend, lentement, à reconsidérer sa propre vision du salarié pour y inclure les nouvelles formes de travail, V. à ce propos M. KELLER (dir.), A. SUPIOT, *Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur*, Dr. ouvrier, p. 559.

²⁵ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, éd. LexisNexis 2013, p. 1.

²⁶ Existe-t-il d'ailleurs « *Un véritable conflit entre le droit national et international ?* », V. le concept de « *fécondation croisée* » : J-C. JAVILLIER : SSL Suppl. 2011, n° 1508.

²⁷ « *La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* » : art. 288 du TFUE.

²⁸ CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, conclusions de l'avocat général Darmon, aff. jtes n^{os} C-297/88 et C-197/89, Rec. CJCE 1990, p. I-3763, pt. 11 ; V. aussi pour une description complète des compétences : M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Rép. de droit du travail Dalloz, 2014.

²⁹ S. HENNION, M. LE BARBIER-LE-BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, PUF 2013, 2e éd., p. 55.

³⁰ TFUE, art. 153, §1 : « *En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 151, l'Union soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants:*

a) *l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs;*

b) *les conditions de travail;*

c) *la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs;*

d) *la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail;*

e) *l'information et la consultation des travailleurs;*

f) *la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion, sous réserve du paragraphe 5;*

interdites pour le législateur européen, notamment les rémunérations, le droit syndical, le droit de grève et le lock-out. En revanche, ils sont parfois appréhendés par l'Union grâce au droit primaire dont le champ de compétence est illimité³¹.

14. Frontières. – Le droit du travail subit actuellement un changement de paradigme. La protection du travailleur ne doit plus être conçue comme la seule ratification de son état subordonné. Elle doit lui permettre de s'élever. A cette fin, son avis va lui être demandé. Le droit européen du travail s'inscrit dans cette logique : il est temps de sortir le travailleur de son silence.

15. Normes négociées. – La norme sociale européenne n'est pas uniquement législative. Elle émane également des partenaires sociaux européens dans le cadre de leur consultation par la Commission telle que prévue aux articles 154 et 155 du TFUE³². Ainsi, la norme européenne peut être produite par les partenaires sociaux européens dans le cadre d'accords européens. Ces derniers contiennent de temps à autre des stipulations relatives au dialogue social d'entreprise³³.

g) les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union;

h) l'intégration des personnes exclues du marché du travail, sans préjudice de l'article 166;

i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail ;

j) la lutte contre l'exclusion sociale;

k) la modernisation des systèmes de protection sociale, sans préjudice du point c) ».

³¹ A. OJEDA AVILES, *L'externalisation du droit du travail*, R.I. trav., vol. 148, 2009, p. 53.

³² M. SCHMITT, *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, Dr. soc. 2010, p. 682 ; S. HENION, *La force normative du droit social européen*, JCP S 2009, 1091 ; M-A. MOREAU, *Les fausses rencontres : les dimensions transnationales du management et nationales du droit du travail*, SSL suppl. 2013, n° 1576.

³³ S. LAULOM, *Les flexibilités du droit social européen*, SSL suppl. 2015, n° 1680.

Section 2 : Le dialogue social d'entreprise

*« Il n'est plus question de vaines paroles, mais d'un acte,
d'un acte hardi, d'un acte constructif ».³⁴*

16. Le dialogue (§1) social (§2) d'entreprise (§3) constitue le fondement d'une harmonie sociale au sein de cette dernière.

§1. – Le dialogue

17. Combat. – Le dialogue, discours entre au moins personnes³⁵, doit être entendu comme un échange, une rencontre provoquée par des protagonistes, pris au sens « *d'acteurs jouant le premier rôle* »³⁶. Les protagonistes concourent et combattent pour faire valoir leur point de vue.

18. Compromis. – L'autre notion inhérente au dialogue est l'avènement d'un compromis. Il n'existe point de dialogue sans volonté de compromis, de concessions, contreparties ou compensations diverses³⁷.

§2. – Le dialogue social

19. Définition. – Le dialogue social est défini par l'OIT comme « *tous types de négociation, de consultation ou simplement d'échanges d'informations entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs selon des modalités diverses, sur des questions relatives à la politique économique et sociale présentant un intérêt commun* »³⁸. Son objectif est la recherche d'un consensus au sein de l'entreprise. Ainsi, le BIT souligne que « *la coopération sur le lieu de travail sous forme de consultations et d'échanges*

³⁴ R. SCHUMAN, *Discours du Salon de l'Horloge du 9 mai 1950* :

<http://www.robert-schuman.eu/fr/declaration-du-9-mai-1950>.

³⁵ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd :

<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?24;s=1119733815>.

³⁶ L. BELLANGER, *La négociation*, Collection Que-Sais-Je, éd. PUF 2015, p. 26.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ OIT, *Dialogue social, à la recherche d'une voix commune* : www.ilo.org/dialogue.

d'informations peut se révéler essentielle pour l'anticipation et la gestion de changements répondant aux besoins des employeurs et des travailleurs »³⁹.

20. L'âge d'or de l'accord, quel accord ? – Pastichant le conseiller Boubli, nous affirmerions que l'heure est à l'âge d'or de l'accord⁴⁰, « *paré de toutes les vertus* »⁴¹. La France est d'ailleurs aux prises entre « *la bannière de la liberté contractuelle* »⁴² et « *l'étendard de la puissance publique* »⁴³. Paradoxalement, les études démontrent que la crise économique de 2008 a provoqué une baisse importante de la couverture conventionnelle en Europe⁴⁴.

21. L'accord-cadre conclu par les partenaires sociaux européens a connu un engouement certain. Néanmoins, son renouvellement s'est essoufflé en même temps que les organes législatifs de l'Union européenne. « *La négociation collective au plan européen [était] dans l'air du temps* »⁴⁵. Les partenaires sociaux n'arrivent plus à « *transformer l'essai* » qui était autrefois si aisément réalisé⁴⁶.

³⁹ OIT, *Dialogue social : discussion récurrente en vertu de la déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, Conférence International du Travail 2013, Rapport VI, pp. 108-120.

⁴⁰ B. BOUBLI, *Que reste-t-il de l'âge d'or de la chambre sociale ?* JCP S 2014, 1381.

⁴¹ G. LOISEAU et A. MARTINON, *L'âge d'or de l'accord institutionnel*, Cah. soc. 1^{er} juillet 2015 n° 276, p. 359.

⁴² B. TEYSSIE, *Un nouveau droit du travail*, JCP S 2015, 1234 ; P. LOKIEC, *Avis de tempête sur le droit du travail*, RTD 2014, p. 738, M-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *De la norme conventionnelle à la norme étatique : une articulation complexe*, JCP S 2014, 1299.

⁴³ B. TEYSSIE, *Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail*, JCP S 2015, 1326.

⁴⁴ OIT, « *Labour relations and collective bargaining* », Issue Brief n° 1, octobre 2015, p. 2 ; Liaisons soc. Europe, 29 octobre 2015, n° 387, p. 1.

⁴⁵ J. BARTHELEMY, *Conditions, limites et effets de la négociation sociale au plan européen*, JCP E 1992, 139.

⁴⁶ B. TEYSSIE, *La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale*, JCP E 1994, 352 ; C. VIGNEAU, *Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ?* Dr. soc. 2004, p. 883 ; E. MAZUYER, *Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentatives de clarification*, Dr. soc. 2007, p. 476 ; N. MAGGI-GERMAIN, *Sur le dialogue social*, Dr. soc. 2007, p. 798 ; C. LAROSE, *Quand va-t-on sortir de l'impasse sur le dialogue social ?* Dr. soc. 2008, p. 18 ; G. SANTORO, *L'exécution des accords-cadres européens : un état des lieux, de la négociation à la phase d'exécution*, Dr. soc. 2015, p. 15.

22. L'accord est le fruit d'un compromis qui suppose de tenir compte des conditions économiques et sociales dans lesquelles se tient sa négociation. L'instant fugace où la conclusion est possible peut vite s'éteindre. Il convient d'en tirer toutes les conséquences en formalisant l'accord lorsque cela est possible. De nouvelles voies, inexplorées par le politique, sont de plus en plus défrichées par la pratique qui, comme aime à le répéter le Professeur Teyssié, n'attend pas⁴⁷.

23. « *Le temps des blocages et des résistances nationales est venu* » ; « *l'Europe est probablement à réinventer* »⁴⁸. L'entreprise contribue fortement à ce renouvellement.

§3. – Le dialogue social d'entreprise

« L'information est de nature à susciter ou à alimenter le désir d'action »⁴⁹.

24. Le droit du travail est un droit de protection du travailleur⁵⁰ qui doit prendre un compte l'intérêt de l'entreprise. La négociation et la conclusion d'accords entre l'employeur et les représentants des travailleurs n'est pas l'objectif premier du dialogue social interne à l'entreprise. Il recouvre d'abord l'information et la consultation⁵¹. Ces procédés se suffisent à eux-mêmes. Leur raison d'être est simple : associer les travailleurs au fonctionnement de l'entreprise. Les tenir informés pour leur sérénité ; les consulter pour obtenir leur implication.

25. **Equilibre.** – Il devient de l'intérêt de l'entreprise de prendre en compte l'intérêt des travailleurs. Cependant, le dernier intérêt ne peut surclasser le premier. Il n'y a en effet qu'un

⁴⁷ B. TEYSSIE, *La négociation collective, un espace de liberté*, p. 908 in *Des liens et des droits, mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, éd. Dalloz 2015 : « *des entreprises ou des groupes de dimension communautaire concluent des accords [...] avec l'instance européenne de représentation du personnel et semblables organisations. Nulle norme ne gouverne, pour l'heure, ces accords d'entreprise ou de groupe de niveau européen* ».

⁴⁸ M. MENJUCQ, *L'Europe et le droit de l'entreprise*, JCP G 2007, I 130.

⁴⁹ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 323.

⁵⁰ Le droit européen s'intéresse au « travailleur », ainsi cette terminologie sera adoptée tout au long de l'étude, le terme « salarié » sera réservé aux références nationales, notamment françaises.

⁵¹ Le droit des expertises ne sera abordé que de façon incidente.

intérêt limité à protéger le travailleur de l'entreprise si celle-ci périclité, le laissant orphelin d'emploi et de salaire. Un équilibre *doit* être trouvé : « *L'entreprise n'est rien sans ceux qui concourent au déploiement de son action ; mais il n'est point de salarié s'il n'est point d'entreprise. Entre les intérêts en balance, il faut s'essayer à l'équilibre* »⁵².

26. Equilibre et droit européen. – L'Union européenne tente de réaliser cette synthèse, mais y parvient-elle ? Une difficulté supplémentaire intervient en effet à deux reprises. Il s'agit du multiculturalisme européen. D'abord, les divergences entre Etats réduisent parfois à portion congrue l'intention initiale du législateur européen. Ensuite, ces divergences resurgissent lors de la transposition des directives. Les libertés prises par la Cour de justice ne sont pas exemptes de critiques, mais il n'est point question d'un « gouvernement des juges ». La Cour de Luxembourg ne fait que rééquilibrer la balance en faveur de l'application du droit européen et compenser la léthargie ou la résistance des droits nationaux.

Section 3 : Le dialogue social d'entreprise en droit européen du travail

« *La vieille Europe ; elle ne revivra jamais :*

La jeune Europe offre-t-elle plus de chances ? »⁵³

27. Un double-cadre. – Deux structures encadrent le dialogue social d'entreprise. Il s'agit d'offrir un cadre normatif européen au dialogue pour toutes les entreprises⁵⁴ mais également un cadre normatif européen dans les entreprises européennes⁵⁵ ; ce cadre permettant l'avènement ou le renforcement d'une identité d'entreprise ou de groupe⁵⁶.

⁵² B. TEYSSIE, *La jurisprudence en droit du travail in La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, 2007, n°50, p. 163.

⁵³ F-R de CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, édition Flammarion, 2001.

⁵⁴ E-A. SEILLIERE, *Entreprises européennes, le temps des revendications*, PA 19 décembre 2005, n° 251, p. 37.

⁵⁵ Les termes « communautaire » et « européen » seront considérés comme synonymes et donc utilisés sans égard à la chronologie.

⁵⁶ B. TEYSSIÉ, *L'entreprise et le droit du travail*, Arch. phil. Droit 41, Sirey, 1997, p. 355-385 ; J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz 2008, collection droit privé, page 37 : « *Le droit du travail paraît s'être constitué pour répondre en partie aux revendications des travailleurs tout en prenant en compte les besoins des entreprises, en quête d'un équilibre entre exigences de justice et de cohésion sociale , d'une part, et contrainte économique, d'autre part* » ; J-Y. FROUIN, *Protection de la personne du salarié*,

28. Dialogue et information directe. – Le dialogue social d’entreprise suppose une appréhension des droits collectifs des travailleurs. Le droit européen développe toutefois un droit individuel d’information des travailleurs, qu’il s’agisse de l’information directe des jeunes travailleurs sur leurs droits spécifiques⁵⁷, de l’information des salariés en CDD sur les postes disponibles en CDI⁵⁸ ou encore de l’information du salarié concernant certains éléments de son contrat de travail⁵⁹.

29. Information directe et flexibilité. – Faciliter les licenciements, c’est faciliter l’embauche. Ce postulat établi par les tenants d’une politique de l’offre ne se vérifie qu’à certaines conditions. En effet, une flexibilisation non réfléchie peut avoir des conséquences néfastes : faciliter les licenciements, c’est aussi diminuer la présence continue des travailleurs au sein d’une même entreprise, donc diminuer l’acquisition des savoirs et des qualifications en général. La flexibilisation doit s’accompagner d’une formation importante, suivie et personnalisée des travailleurs. Elle serait l’une des raisons expliquant l’augmentation continue du nombre de travailleurs très peu qualifiés en Europe. L’information, individuelle mais aussi collective, vise à regagner l’esprit de coopération⁶⁰.

30. Un cadre européen multiculturel. – Même s’il existe *un* peuple européen, l’Union européenne est une mosaïque de cultures différentes. Ainsi, la conception du dialogue social d’entreprise ne peut être la même dans tous les Etats. Le législateur européen se trouve parfois devant une immense difficulté. Il doit aboutir à un compromis interétatique pour se prévaloir du droit de légiférer sur le compromis en entreprise.

31. Devises. – Certains Etats disposent, entre eux, d’« atomes crochus », comme ce peut être le cas de la France et de l’Allemagne. Mais il faut également compter avec l’irrédentisme autrichien caractérisé par la devise du Saint-empire romain germanique : *Austria est imperare*

intérêt de l’entreprise et construction prétorienne du droit du travail, JCP S 2010, 1087 : « Il va de soi qu’une protection privilégiée du salarié peut être de nature à compromettre l’intérêt de l’entreprise ainsi entendu de même qu’une prise en compte excessive de ce qui est nécessaire au fonctionnement de l’entreprise peut remettre en cause la protection du salarié en sorte qu’un certain équilibre (...) doit être assuré entre l’une et l’autre ».

⁵⁷ Dir. n° 94/33/CE du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail, art. 6, §3.

⁵⁸ Accord-cadre du 18 mars 1999, clause 6, §1.

⁵⁹ Dir. n° 91/533/CE du 14 octobre 1991, relative à l’obligation de l’employeur d’informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, art. 2.

⁶⁰ A. SUPIOT, *Déréglementation du marché du travail versus gains de productivité ?*, R.I. trav. 2014, vol. 153, p. 401 ; *Contribution à une analyse juridique de la crise de 2008*, R.I. trav. 2010, vol. 149/2, p. 171.

*orbi universo*⁶¹, le nationalisme luxembourgeois (« *Nous voulons rester ce que nous sommes* ») ou les divisions internes de certains Etats comme l'Espagne ou la Belgique, alors même que « *l'Union fait la force* »⁶². Quant aux polonais, passent avant toute chose « *Dieu, l'honneur et la patrie* ». Les Etats européens n'ont donc pas une vision uniforme des priorités économiques et sociales. Par exemple, entre la vision volontariste du Royaume-Uni et le millefeuille des représentants des travailleurs français⁶³, le fossé est abyssal⁶⁴.

32. Enjeux. – Le dialogue social d'entreprise est régi par le droit de l'Union européenne. La conception française du dialogue social d'entreprise vise essentiellement la protection des salariés. Dans la perspective européenne, deux grandes lignes sont suivies. Le dialogue social d'entreprise demeure un instrument au service de la protection des travailleurs (**TITRE I**) ; il sert par ailleurs la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise (**TITRE II**). Cet éclairage nouveau influence les conceptions sociales des Etats membres.

⁶¹ L'Autriche est faire pour régner sur l'Univers.

⁶² Devise officielle du Royaume de Belgique.

⁶³ F. FAVENNEC-HERY, *Une question qui fâche : le millefeuille des IRP*, Dr. soc. 2013, p. 250.

⁶⁴ A. PERULLI, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, RDT 2015, p. 170 ; G. SPYROPOULOS, *L'avenir incertain du modèle social européen dans une Europe élargie*, Dr. soc. 2005, p. 603.

TITRE I : LE DIALOGUE SOCIAL AU SERVICE DE LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR DANS L'ENTREPRISE

33. Santé, sécurité, sérénité. – Tels sont les prérequis sans lesquels l'entreprise ne peut prospérer. Sans s'absoudre des principes qui sont les siens – principe de subsidiarité⁶⁵, principe de proportionnalité – l'Union européenne a énormément légiféré dans ces domaines depuis que l'Acte unique européen de 1986 l'y autorise à la majorité simple grâce à l'article 118A du traité de Rome, devenu l'article 153 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

34. L'Union européenne a mis le dialogue social au service de la protection du travailleur. Cette protection s'intéresse tantôt au corps du travailleur (*Chapitre 1*) tantôt à son emploi (*Chapitre 2*).

⁶⁵ Sur la délicate synthèse entre Etats en faveur d'une action concentrée de l'Union et les Etats souverainistes voir J. KONTAXOPOULOS, *Hygiène et sécurité au travail : enjeux nationaux et communautaires*, D. ouvrier juin 1996, p. 227.

Chapitre 1 : Le dialogue social au service de la protection du corps du travailleur

35. Enjeux, finalités. – « Dès 1957, le préambule du Traité de Rome assignait à la Communauté Européenne pour but essentiel l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples des Etats membres »⁶⁶. En vérité, protéger le corps du travailleur, c'est certes protéger les travailleurs mais c'est aussi protéger les entreprises, l'économie et, *in fine*, la collectivité nationale dans son ensemble⁶⁷. Néanmoins, si les destinataires des obligations imposées par la directive sont les entreprises, ses bénéficiaires directs sont *d'abord* les travailleurs.

36. Moyens. – A la lumière de ces enjeux, il existe en matière de santé et de sécurité au travail un impératif de réussite. Celui-ci se traduit classiquement par un certain nombre d'obligations imposées à l'employeur appelé, certes, à « jouer un rôle essentiel »⁶⁸, mais surtout par la création d'un dialogue social avec les travailleurs concernés qui devient inévitablement la clef de voûte de l'édifice salubre et sécuritaire du travail en droit européen. A ce titre, un cadre général pour la protection des travailleurs a vu le jour en 1989 (**Section 1**), suivi par d'autres dispositions particulières répondant à des situations plus spécifiques (**Section 2**).

⁶⁶ S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 307.

⁶⁷ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^{ème} édition, 2013, p. 227.

⁶⁸ P-Y VERKINDT, *L'irrésistible ascension du droit de la santé au travail*, JCP S n°26, 30 juin 2015, 1243.

Section 1 : La protection générale établie par la directive du 12 juin 1989

37. Champ d'application, contenu. – Au-delà du contenu de la directive du 12 juin 1989 relatif au dialogue social (**Sous-section 2**), le droit européen de la santé et de la sécurité implique un effort d'identification précise de sa portée, c'est-à-dire la définition de son champ d'application (**Sous-section 1**).

Sous-section 1 : Champ d'application du dialogue

38. Une scène, des acteurs. – Le jeu du dialogue social a son terrain propre, spécifique mais variable selon son contenu. Il convient donc d'identifier les acteurs (**§2**) et leur scène (**§1**).

§1. – Champ d'application matériel : étendue du dialogue

39. Objet et domaine. L'objet du dialogue emprunte celui de la directive et se « focalise » ainsi sur l'idée de prévention (I). Reste ensuite à déterminer son domaine (II).

I. L'objet du dialogue social en matière de santé et de sécurité

40. Consensus. – Le législateur européen a mesuré très tôt l'importance de la création d'un corpus unifié de règles relatives à la santé et à la sécurité au travail et cela dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Plus de cinq cent millions de citoyens européens et des milliers d'entreprises partagent ce même corpus de règles – corpus qui constitue un véritable « *socle commun européen* »⁶⁹ sur lequel est assis le droit de la santé et de la sécurité au travail français, grec, lituanien ou encore croate. Il existe aujourd'hui un « *relatif consensus* » en la matière selon le Professeur Verkindt. En effet, « *qui donc accepterait aujourd'hui un discours qui manifesterait un total désintérêt à l'égard de la protection de la santé des travailleurs ?* »⁷⁰. Dans un arrêt en date du 15 juin 2006, la Cour de justice a pu préciser que la directive de 1989 « *ne vise pas une harmonisation totale de la réglementation des États*

⁶⁹ S. LAULOM, *Contexte et apports de la directive cadre du 12 juin 1989*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

⁷⁰ P-Y VERKINDT, *Les mots de la prévention au travail*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n° 1655.

membres relative à l'environnement de travail »⁷¹. Il sera du moins permis de supposer qu'elle vise une harmonisation partielle⁷² : l'aveu est fait.

41. « Un noyau dur »⁷³ : la prévention. – La directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 aspire, selon son propre intitulé, à « *la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail* ». Santé et sécurité, les mots du dialogue traduisent son objet ; leurs définitions laissent transparaître son objectif. Il est établi de longue date que la santé ne se limite pas à l'absence de maladie mais constitue « *un état de complet bien-être physique, mental et social* »⁷⁴. La sécurité, pour sa part, « *s'est éloignée de l'idée de [protection contre le] danger pour se rapprocher de celle de risque* »⁷⁵. L'Institut National de Recherche et de Sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles (INRS) confirme cette analyse par un exemple frappant : le courant électrique est le danger, l'électrocution est le risque⁷⁶. Nul doute que la sécurité au travail vise à protéger les travailleurs non pas du courant électrique mais bien de l'électrocution, c'est-à-dire du risque. La directive définit d'ailleurs la prévention, « *terme clef du texte* »⁷⁷, comme « *l'ensemble des dispositions ou des mesures prises ou prévues à tous les stades de l'activité dans l'entreprise en vue d'éviter ou de diminuer les risques professionnels* »⁷⁸. Les responsables politiques aiment affirmer que la sécurité est la première des libertés. C'est au moins une vérité en matière de sécurité au travail. En effet, « *un accident du travail coûte*

⁷¹ CJCE, 15 juin 2006, aff. C-459/04, *Comm. c/ Royaume de Suède*, point 34 : *comm. J. Cavallini* : JCP S 2006, 1636.

⁷² Si la volonté d'une harmonisation partielle de l'objectif à atteindre n'est guère surprenante s'agissant d'une directive, il est plus insolite que les moyens pour atteindre l'objectif soient aussi précisément définis que dans la directive du 12 juin 1989, Cf. *infra*.

⁷³ E. RAVIER, *Enjeux et mutations en matière de santé au travail*, JCP S n°30-34, 27 juillet 2010, 1319 : « *La prévention constitue en effet le noyau dur de la politique à mettre en œuvre, associée à l'élimination des acteurs de risques, l'information et la consultation des salariés et de leurs représentants et, enfin, la formation* ».

⁷⁴ Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, entré en vigueur le 7 avril 1948.

⁷⁵ P-Y VERKINDT, *Les mots de la prévention au travail*, Semaine Sociale Lamy supplément, 8 décembre 2014, n° 1655.

⁷⁶ INRS, *L'évaluation des risques professionnels*, ED 5018, publié en mars 2005 (consultable sur le site de l'INRS : <http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=ED%205018>).

⁷⁷ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union Européenne, relations individuelles de travail, exécution du contrat de travail* : J-CI 605-1.

⁷⁸ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 3, d.

beaucoup plus à la victime que le meilleur système correctif ne pourrait lui apporter ; il lui ôte le sentiment d'auto-sécurité »⁷⁹.

42. Diversité des transpositions. – L'objet du dialogue peut varier selon les Etats. La France considère dans sa loi de transposition du 31 décembre 1991⁸⁰ qu'il s'agit de prévenir les risques professionnels. L'article L.4121-1 du Code du travail dispose que « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé mentale et physique des travailleurs* ». Or, l'article 5 de la directive du 12 juin 1989 vise une protection de la santé qui se rapporte à « *tous les aspects liés au travail* ». En cela, la France ne reprend pas la « *philosophie du texte* »⁸¹. La Belgique lui donne une vocation plus vaste puisque la loi belge de transposition du 4 août 1996 est relative au « *bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail* », l'employeur devant prendre « *les mesures nécessaires afin de promouvoir le bien-être* » et cette obligation devant faire l'objet d'une information des représentants du personnel⁸². L'obligation générale de prévention – ou « *prévention-obligation* »⁸³ – est donc interprétée d'une manière bien plus extensive en Belgique qu'en France, sans que la France soit pour autant coupable d'une mauvaise transposition⁸⁴. Les nuances relèvent des cultures juridiques et économiques nécessairement différentes de chacun des Etats membres. Ainsi, les Pays-Bas, la Norvège ou encore la Suède imposent expressément à l'employeur de prendre des mesures assurant aux travailleurs leur bien-être⁸⁵.

43. Prévenir les risques pour les travailleurs tout en se préoccupant plus ou moins de leur bien-être, voilà donc résumée l'amplitude du dialogue social s'agissant du droit européen de

⁷⁹ J. KONTAXOPOULOS, *Hygiène et sécurité au travail : enjeux nationaux et communautaires*, D. ouvrier juin 1996, p. 227.

⁸⁰ 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 et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail.

⁸¹ M-A. MOREAU, *L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou comment ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes)*, Dr. soc. 2013, p. 410.

⁸² F. HÉAS, *Le bien-être au travail*, JCP S n°27, 6 juillet 2010, 1284.

⁸³ A. BUGADA, *L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ?* JCP S n°48, 25 novembre 2014, 1450.

⁸⁴ S. FANTONI-QUINTON, *Des opportunités en faveur de la santé au travail dans le projet de loi El-Khomri*, SSL 9 mai 2016, n° 1722, pp. 4 et 5 : le principe d'un système « *centré sur la prévention* » est réaffirmé dans le projet de loi.

⁸⁵ *Ibid*, JCP S n°27, 6 juillet 2010, 1284.

la santé au travail. Son caractère impérieux se traduit également par la diversité du domaine où il trouve application.

II. Le domaine du dialogue social en matière de santé et de sécurité

44. Principe. – La directive du 12 juin 1989 prévoit un principe et une exception. En son principe, elle prévoit de s'appliquer à tous les secteurs d'activité privés ou publics⁸⁶. Une liste non-exhaustive, et donc peu utile pour déterminer les contours du terrain, nous est fournie. Sont données en exemple les activités industrielles, de service mais aussi éducatives, administratives, de loisirs, etc. En définitive, l'ensemble du Produit Intérieur Brut de chacun des Etats membres est concerné, soit toute activité économique productrice de richesses au sein de l'Union européenne⁸⁷.

45. Exception. – L'exception est par nature restrictive mais celle posée par la directive semble l'être tout particulièrement. En effet, la directive ne s'applique pas dans la « *fonction publique* », en cas de confrontation à des « *particularités inhérentes à certaines activités spécifiques qui s'opposent* » à son application, et cela « *de manière contraignante* »⁸⁸. L'esprit de l'exception⁸⁹ conduit à une conception restrictive de son domaine. D'abord, exciper d'une activité dans le cadre de la fonction publique ne met pas en soi l'application de la directive en échec. La Cour de justice a d'ailleurs précisé les choses de façon très claire : « *cette dérogation n'a été adoptée qu'aux seules fins de garantir le bon fonctionnement des services indispensables à la protection de la sécurité, de la santé ainsi que de l'ordre public en cas de circonstances d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles – par exemple une catastrophe – qui se caractérisent par le fait qu'elles ne se prêtent pas, par nature, à une*

⁸⁶ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 2.1.

⁸⁷ Selon la définition de l'INSEE (Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques), le PIB constitue : « *l'agrégat représentant le résultat final de l'activité de production des unités productrices résidentes* ». <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/produit-inter-brut-prix-march.htm>

⁸⁸ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 2.2.

⁸⁹ « *Cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale (...). La portée de l'exception dépend d'une part de son domaine, d'autre part de sa conséquence* ». Du latin *excipio*, limiter, restreindre. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF Association Henri Capitant, 6^{ème} édition 1996.

Il est évident à notre sens que la multiplication des exceptions ou la trop grande importance accordée à celles-ci participe grandement à l'insécurité juridique générale.

planification du temps de travail des équipes d'intervention et de secours »⁹⁰. Il faudra justifier de circonstances graves et exceptionnelles. L'activité *normale* des sapeurs-pompiers relève ainsi du champ d'application de la directive du 12 juin 1989⁹¹. En définitive, si l'on ne peut appliquer la directive à des sapeurs-pompiers en intervention dans un immeuble embrasé, rien n'empêche son application à l'intérieur de la caserne afin de prévenir les risques futurs.

46. Le seul cas, *in fine*, où la directive ne trouve pas application, est celui dans lequel le risque relève de la nature des fonctions des travailleurs. Le champ matériel du dialogue social de la santé est donc très vaste ; le champ d'application personnel permettra d'en identifier les acteurs, ceux qui donnent vie à cette directive.

§2. – Champ d'application personnel : acteurs du dialogue

47. Employeurs et travailleurs. – Un dialogue peut s'opérer de façon diverse. Il s'effectue généralement sur un pied d'égalité. Cependant, il est évident que la protection de la santé des travailleurs ne s'y prête guère. Son enjeu premier – des vies humaines – est trop important, tant et si bien qu'au-delà d'un dialogue, c'est un véritable « *droit de la santé au travail* »⁹² qui a vu le jour avec la directive du 12 juin 1989, sortant finalement d'une « *vision réductrice de l'hygiène et de la sécurité* »⁹³. Qui est l'employeur (I) et à qui doit-il protection (II) ? Tels seront les deux aspects de la directive abordés dans ce paragraphe.

I. L'employeur

48. Institution et contrat. – L'employeur est défini comme « *toute personne physique ou morale qui est titulaire de la relation de travail avec le travailleur et qui a la responsabilité de l'entreprise et/ou de l'établissement* »⁹⁴. Deux caractéristiques se distinguent : l'employeur est celui qui est « *responsable* » de l'entreprise et « *lié par une relation de travail* »⁹⁵ avec le

⁹⁰ CJCE, 5 oct. 2004, *aff. C-397/01 à C-403/01, Pfeiffer*, point 53 : Rec. CJCE 2004, I, p. 8835 ; obs. M. Bonnechère : Dr. ouvrier 2004, p. 575 ; chron. J.-Ph. Lhernould : RJS 2004, p. 871.

⁹¹ CJCE, 14 juill. 2005, *aff. C-52/04, Personalrat der Feuerwehr Hamburg*, points 48 à 57 : Rec. CJCE 2005, I, p. 7111.

⁹² F. HÉAS, *Présentation, La prévention des risques au travail*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n° 1655.

⁹³ L. LEROUGE et A. MUSIALA, *L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe*, RDT. 2008, p. 124.

⁹⁴ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 3, b.

⁹⁵ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union Européenne, relations individuelles de travail, exécution du contrat de travail* : J-CI 605-1.

travailleur. La directive réalise ici la synthèse entre une vision institutionnelle de l'employeur et une vision plus contractualiste selon laquelle l'employeur serait celui qui donne des ordres en vertu d'un contrat de travail. Quoi qu'il en soit, l'employeur est appréhendé par son pouvoir. Il est le titulaire de la relation de travail tandis que le travailleur est « employé »⁹⁶ par lui ; il y a bien là l'idée d'une domination⁹⁷. Il est aussi le responsable de l'entreprise. C'est ainsi que la section II de la directive portant sur les obligations des employeurs comporte huit articles relativement denses alors que la section III portant sur les obligations des salariés se résume à un seul article⁹⁸. L'employeur apparaît ainsi comme le chef d'orchestre qui, pour assurer le fonctionnement harmonieux du groupe, serait chargé de veiller sur chaque musicien car il est finalement le seul à tenir une baguette entre ses mains.

49. Cette situation explique que l'employeur soit débiteur d'une obligation de protection dans « tous les aspects liés au travail »⁹⁹ envers des travailleurs qu'il convient également d'identifier.

II. Les travailleurs et leurs représentants

50. Les travailleurs « et/ou » leurs représentants. – Le droit français n'est ici que peu similaire au droit européen. Les travailleurs et leurs représentants sont conçus, en droit européen du travail, comme étant équivalents, interchangeables dans l'information transmise, voire dans la consultation ou la participation. En témoigne la rédaction de chaque obligation imposée à l'employeur en matière de dialogue social¹⁰⁰. Ainsi, les droits nationaux des Etats membres ont pu investir du rôle de créancier des obligations d'information et de consultation : les travailleurs et leurs représentants, leurs représentants uniquement ou bien, en l'absence de représentants, les travailleurs uniquement¹⁰¹. En effet, le législateur européen a conscience

⁹⁶ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 3, a.

⁹⁷ Que la domination soit bien ou mal vécue ne change rien d'ailleurs à la qualification d'une relation en contrat de travail. La Cour de cassation française a admis que la pénibilité, en somme la souffrance, étymologiquement lié au travail, ne constituait pas un critère du contrat de travail. Cass. Soc. 3 juin 2009, n° 08-40.941, *Île de la Tentation*. Le juge français rejoint le juge européen, CJCE 13 avril 2000, *aff. C-176/96*.

⁹⁸ En effet, « l'employeur est responsable car il est à l'origine du risque » : F. AKNIN et A-F. JOVER, *La « sanitarisation » de l'entreprise : l'exemple des substances psychotropes*, JCP S n°37, 9 septembre 2014, 1338.

⁹⁹ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 5.1.

¹⁰⁰ « les travailleurs et/ou leurs représentants », Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 6.3 c) ; art. 6.4 ; art. 10.1 ; art. 11.1 ; art. 11.6, ...

¹⁰¹ B. TEYSSIÉ, *Union Européenne, exécution des relations de travail* : J-Cl. 92-40.

des faiblesses inhérentes aux directives et ne perd pas de vue la mosaïque de systèmes de représentation du personnel au sein de l'Union européenne, comme en témoigne la définition des représentants des travailleurs.

51. Représentants des travailleurs. – La directive comprend le représentant des travailleurs comme « *ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, toute personne élue, choisie ou désignée, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, pour être le délégué des travailleurs en ce qui concerne les problèmes de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail* »¹⁰².

52. Cette disposition n'impose pas une procédure d'élection des représentants des travailleurs. De plus, si le choix de l'élection a été fait, la directive 89/391 n'impose pas que la législation nationale précise dans le détail toutes les modalités applicables à cette procédure. Il incombe toutefois aux États d'assurer que les travailleurs puissent procéder à l'élection de leurs représentants conformément aux législations ou aux pratiques nationales¹⁰³. Néanmoins, en fonction du contenu du dialogue social, la directive du 12 juin 1989 ne s'adresse pas uniquement aux représentants ayant une fonction spécifique en matière de santé mais s'intéresse aussi au dialogue avec des représentants « ordinaires »¹⁰⁴.

53. Travailleurs. – « *Toute personne employée par un employeur ainsi que les stagiaires et apprentis, à l'exclusion des domestiques* » est un travailleur au sens de la directive du 12 juin 1989¹⁰⁵. Il faut noter l'extrême étendue donnée à la directive par le truchement de cette définition toujours justifiée par les enjeux et la prise de conscience collective en matière de santé au travail. L'anachronisme du terme « *domestique* »¹⁰⁶ semble, quant à lui, nous

¹⁰² Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 3, c.

¹⁰³ CJCE, 12 juin 2003, *aff. C-425/01, Comm. c/ République portugaise*, points 20 à 22 : Rec. CJCE 2003, I, p. 6025.

¹⁰⁴ Cf. Sous-section 2 Le contenu du dialogue social.

¹⁰⁵ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 3, a.

¹⁰⁶ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union Européenne, relations individuelles de travail, exécution du contrat de travail* : J-CI 605-1. Voir aussi Arnaud PERRIER, *Gens de maison : une image du passé qui a de l'avenir*, JCP S n°47, 20 novembre 2012, 1493. Un paradoxe doit être relevé. Le droit européen du travail constitue le droit européen des travailleurs, le droit français du travail n'est en réalité que le droit de la relation du travail salarié. Cependant, le droit européen qui se veut plus vaste écarte immédiatement « *les domestiques* » alors que le droit français du travail s'attache à leur appliquer une partie au moins du Code du travail.

rappeler qu'un texte présenté rétrospectivement comme étant précurseur mériterait peut-être une actualisation un quart de siècle après son adoption.

54. Quid des travailleurs indépendants ? – Alors que cette forme de travail s'accroît, qu'elle soit assumée ou utilisée à des fins de contournement de la législation du travail¹⁰⁷, les travailleurs dits « *indépendants* » sont, *a priori*, exclus du droit de la santé des travailleurs de l'Union européenne. Si certains affirment avec force, et avec raison, que « *l'Union ne connaît ni salarié, ni entreprise, elle ne connaît que des travailleurs et des employeurs* »¹⁰⁸, il conviendrait néanmoins de compléter cette affirmation en ajoutant « *à l'exclusion des travailleurs indépendants* ». En effet, l'ambiguïté du texte européen n'est certes d'aucun secours mais la Cour de justice, pour sa part, considère la subordination juridique comme le critère déterminant de cette définition¹⁰⁹, même si elle opte pour une définition du travailleur de « *portée communautaire* »¹¹⁰. Une recommandation du Conseil a confirmé cette analyse en 2003¹¹¹, écartant le travailleur indépendant des dispositions de la directive du 12 juin 1989. Cette solution, opportune en pratique au vu des complexités d'application qui seraient suscitées par certaines dispositions, n'en est pas moins critiquable en ce qu'elle écarte complètement des hommes qui travaillent. Certes, s'ils récoltent tout le bénéfice de leur travail, il pourrait être logique de leur faire assumer l'intégralité des risques. En vérité, la réalité économique rattrape bien des acteurs par un lien de subordination en lien avec celle-là et nombre de travailleurs indépendants pourraient être considérés comme « employés » par un donneur d'ordre s'apparentant à un employeur¹¹².

55. Le champ d'application du dialogue social varie selon les directives avec plus ou moins de « bonnes raisons ». Avec un brin d'audace et de confiance, il pourrait être envisagé qu'une directive de « codification », abrogeant les dispositions relatives au dialogue social de chaque directive particulière et définissant ainsi le champ d'application de droit commun en matière de dialogue social européen *dans* l'entreprise, puisse voir le jour.

¹⁰⁷ Il s'agit tant des taxis faussement indépendants de certaines compagnies que des chauffeurs du réseau « Uber », ou, plus généralement, de certains réseaux de franchisés.

¹⁰⁸ C. RADÉ, *Conférence d'actualité du 22 janvier 2016*, Paris.

¹⁰⁹ CJCE, 8 juin 1999, *Meusen*, aff. C-337/97, Rec. p. I-3289.

¹¹⁰ CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. C-66/85, Rec. p. 2121.

¹¹¹ Recommandation du Conseil, 18 févr. 2003 portant sur l'amélioration de la protection de la santé et de la sécurité au travail des travailleurs indépendants.

¹¹² L. CASAUX-LABRUNÉE, L. DE MONTVALON, *La solitude du travailleur indépendant face aux risques professionnels*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

56. La question méritera aussi d'être posée concernant le contenu de ce dialogue qu'il convient désormais d'envisager en matière de santé et de sécurité.

Sous-section 2 : Contenu du dialogue

57. **Triptyque.** – Information, consultation et participation constituent le cœur du dialogue. La directive-cadre n°89/391/CEE du 12 juin 1989 étudiée à l'aune du dialogue social dans l'entreprise n'échappe pas à ce triptyque¹¹³. Néanmoins, bien que fixant des « *prescriptions minimales* », la directive de 1989 aborde nommément et directement certains thèmes. Une certaine prise de hauteur est alors nécessaire et amène à considérer deux types de dialogue.

58. **Passif, actif.** – Plusieurs solutions sont envisageables afin d'étudier le contenu du dialogue. Il est possible de se concentrer sur les acteurs et de distinguer ainsi l'information et la consultation à destination unique des représentants et l'information et la consultation à destination de l'ensemble des travailleurs ou de leurs représentants¹¹⁴. Cependant, l'étude précédente du champ d'application ayant permis d'identifier ces acteurs, il apparaît désormais nécessaire de se concentrer sur le fond. Il est également possible de distinguer l'information – comme une sorte de dialogue à sens unique – de la consultation et de la participation¹¹⁵.

59. Cette dernière solution sera adoptée. Néanmoins, le rapport de créancier à débiteur étant plus ou moins fort selon les obligations imposées, il sera prêté une attention particulière à démontrer le caractère tantôt passif (§1) tantôt actif (§2) des représentants des travailleurs ou des travailleurs dans le processus de dialogue et selon les thèmes abordés par la directive.

§1. – Le dialogue social passif

60. **Risques pour la sécurité et mesures de protection.** – Les travailleurs sont créanciers d'une obligation de sécurité, leur soumission naturelle à l'employeur se traduit par une fragilité qui, consubstantielle au pouvoir de direction, justifie une information parfaite. Ainsi,

¹¹³ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, Préambule : « *considérant qu'il est nécessaire de développer l'information, le dialogue et la participation équilibrée en matière de sécurité et de santé sur le lieu de travail entre les employeurs et les travailleurs et/ou leurs représentants grâce à des procédures et instruments adéquats, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* ».

¹¹⁴ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^{ème} édition, 2013, pp. 236-237.

¹¹⁵ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union Européenne, relations individuelles de travail, exécution du contrat de travail* : J-CI 605-1.

le droit européen entend protéger le travailleur en l'informant sur ce qu'il risque ; en cela, l'information assure une prise de conscience du danger, elle « responsabilise » les travailleurs (I). Le droit européen entend également protéger le travailleur en l'informant sur les mesures prises pour assurer sa sécurité ; il cherche ici à le rassurer (II).

I. La responsabilisation des travailleurs par l'information sur les risques

61. Existence, conscience. – Il s'agit d'informer sur l'existence des risques (A) pour assurer une prise de conscience de ces risques par le travailleur (B).

A) L'information sur l'existence des risques

62. Siège. – Le siège de l'information figure à l'article 10, §1 a) de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989. Ce dernier dispose : « *L'employeur prend les mesures appropriées pour que les travailleurs et/ou leur représentants dans l'entreprise et/ou l'établissement reçoivent, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, qui peuvent tenir compte en particulier de la taille de l'entreprise et/ou de l'établissement, toutes les informations nécessaires concernant : a) les risques pour la sécurité et la santé ...* »¹¹⁶. Toutes les informations pertinentes doivent être transmises afin d'éviter ces risques. Il est évident que le juge européen s'attachera à vérifier quelles sont les informations « nécessaires » au regard des objectifs de la directive. Il s'agit d'abord des informations concernant « *l'entreprise en général et chaque type de poste de travail et/ou fonction* » mais aussi des « *mesures de lutte contre l'incendie et d'évacuation des travailleurs* »¹¹⁷. Il se déduit de cette rédaction une information à géométrie variable. L'information nécessaire apparaît avant tout comme une information personnalisée et adaptée à chaque type de travailleur. Ici commence la « responsabilisation » du travailleur.

63. Impératif. – Il s'agit d'un impératif avec lequel la directive ne transige pas et pour lequel elle laisse relativement peu de marge de manœuvre aux Etats membres. En particulier, si la

¹¹⁶ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 10§1 a).

¹¹⁷ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 10§1 a) et b) ; voir aussi B. TEYSSIÉ, Union Européenne, exécution des relations de travail : J-Cl. 92-40.

taille de l'entreprise ou de l'établissement peut faire varier cette obligation d'information, elle ne permettra jamais de s'en absoudre complètement¹¹⁸.

64. Cet impératif s'explique par le fait qu'une bonne prise en charge des risques ne peut être réalisée qu'à la condition qu'une prise de conscience de ces risques par les travailleurs eux-mêmes soit assurée.

B) La prise de conscience des risques

65. « Les principes généraux de prévention ». – L'article 6 de la directive du 12 juin 1989 explicite le régime de l'information et en donne une lecture en fonction des objectifs. Ainsi, entrent dans le cadre des responsabilités de l'employeur tant les activités de prévention des risques professionnels que d'information et de formation sur ces risques¹¹⁹.

66. Ces obligations pour l'employeur doivent être mises en œuvre selon ce que la directive nomme les « principes généraux de prévention » : « a) éviter les risques ; b) évaluer les risques qui ne peuvent être évités ; c) combattre les risques à la source ; d) adapter le travail à l'homme ... »¹²⁰.

67. « L'élimination des facteurs de risque ». – Loin des théories générales et abstraites, ces principes généraux sont pragmatiques et en accord avec l'objet de la directive du 12 juin 1989 tel que défini dans son article 1 et qui vise « l'élimination des facteurs de risque ». Si le Professeur Verkindt a pu parler d'« irrésistible ascension du droit de la santé au travail »¹²¹,

¹¹⁸ CJCE, 5 juin 2008, C-226/06, *Commission c./ France*, point 58. La France permettait aux entreprises de moduler l'obligation d'information et de formation à la sécurité en fonction de la taille de l'entreprise. C'est le décret n°2008-1347 du 17 décembre 2008 qui a corrigé, vingt années plus tard, cette erreur de transposition. L'art. R4141-2 du Code du travail prévoit désormais, en accord avec la directive, que « l'employeur informe les travailleurs sur les risques pour leur santé et leur sécurité d'une manière compréhensible pour chacun (...) lors de l'embauche et chaque fois que nécessaire ». Au demeurant, cela démontre parfaitement les enjeux particuliers de la directive santé/sécurité et du dialogue social en la matière par rapport à d'autres directives. En effet, la Cour de Justice a pu décider concernant d'autres obligations issues d'autres directives que les possibilités d'adaptation offerte par le texte de la directive permettaient à l'Etat membre d'aller de l'attribution pleine et entière du droit jusqu'à sa suppression, notamment concernant le refus du salarié de voir transférer son contrat de travail assimilé en France à une démission en cas d'application de l'art. L1224-1.

¹¹⁹ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, Art. 6§1.

¹²⁰ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 6§2 ; ces principes généraux de prévention concernant les risques seront à nouveau rencontrés plus avant, ayant leurs pendants concernant les mesures prises par l'employeur.

¹²¹ *Ibid*, JCP S n°26, 30 juin 2015, 1243.

d'autres ont parlé d'« *irrésistible ascension des principes généraux de prévention* »¹²² qui constituent un véritable « *vade-mecum* »¹²³ adressé aux employeurs, le fil directeur de leurs obligations, la méthode qu'ils doivent avoir en tête au moment de la prise de décision.

68. Le législateur européen a lui-même intégré que la connaissance et la prise de conscience du risque par les travailleurs est une condition nécessaire à leur sécurité. La diffusion maximale de la connaissance des risques parmi les travailleurs ne peut que les inciter à prendre par eux-mêmes des précautions lorsque cela s'avère nécessaire.

69. En effet, mettre un nom là où il n'y a que la peur d'un danger inconnu rationalise le risque¹²⁴. Cependant, il existe des contreparties à cette prise de conscience. Elle peut être une réelle source d'inquiétude voire d'angoisse pour les travailleurs. Dès lors, information sur les risques se doit de rimer avec information sur les mesures prises afin de rassurer les travailleurs et de créer un environnement de confiance.

II. La confiance des travailleurs par l'information sur les mesures prises

70. Mesures générales, mesures spécifiques. – L'information concernant les mesures prises par l'employeur pour faire face aux risques identifiés est prévue de manière générale (A) mais il existe des informations relatives à des mesures spécifiques en présence de risques accrus (B).

A) L'information sur l'existence des mesures prises

71. La protection due par l'employeur. – L'une étant le pendant de l'autre, c'est le même article 10, §1 a) de la directive 89/391/CEE qui poursuit, après l'information concernant les risques, sur l'information concernant les mesures prises : « *L'employeur prend les mesures appropriées pour que les travailleurs et/ou leur représentants dans l'entreprise et/ou l'établissement reçoivent (...) toutes les informations nécessaires concernant : a) (...) les*

¹²² Hervé LANOUZIERE, *Santé et sécurité au travail : droit de la sanction ou droit de la prévention ?* SSL supplément 10 octobre 2001, n°1508, p. 230.

¹²³ A. BUGADA, *L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ?* JCP S n°48, 25 novembre 2014, 1450.

¹²⁴ « *La peur d'un nom ne fait qu'accroître la peur de la chose elle-même* », J.K. Rowling, Harry Potter à l'Ecole des Sorciers.

mesures et activités de protection et de prévention concernant tant l'entreprise et/ou l'établissement en général que chaque type de poste de travail et/ou de fonction ».

72. Ainsi, l'employeur est tout autant tenu de prendre des mesures assurant la santé et la sécurité des travailleurs, conformément à l'article 5 de la directive 89/391/CEE qui lui impose une obligation de sécurité¹²⁵, que d'informer les travailleurs sur les mesures qu'il a prises dans ce cadre¹²⁶.

¹²⁵ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 5 : « *L'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail.* » Voir les débats en France quant à l'obligation de sécurité de résultat tendant vers une obligation de moyens renforcée, cf. Cass. Soc. 25 novembre 2015, pourvoi n°12-24.444, à propos d'un pilote ayant assisté aux attentats du 11 septembre 2001. La Cour de cassation accomplit l'exploit d'affirmer que l'employeur a rempli son « *obligation de sécurité de résultat* » parce qu'il a pris toutes les mesures nécessaires, peu important que le résultat n'ait pas été atteint. En réalité, il faut mesurer la portée d'une telle affirmation, le résultat à atteindre étant justement la prise de toutes les mesures prévues par le Code du travail. Le Professeur Verkindt souligne en effet que « *le résultat dont il est question dans la notion d'obligation de sécurité de résultat n'est pas l'absence d'atteinte à la santé physique et mentale mais l'ensemble des mesures prises (effectivement!) par l'employeur dont la rationalité, la pertinence et l'adéquation pourront être analysées et appréciées par le juge* » (P-Y VERKINDT, *Santé au travail : l'ère de la maturité*, JSL 2008 n°239). Cela étant, une obligation de moyens renforcée serait conforme avec la directive européenne qui reconnaît en son article 5§4 : « *La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté des États membres de prévoir l'exclusion ou la diminution de la responsabilité des employeurs pour des faits dus à des circonstances qui sont étrangères à ces derniers, anormales et imprévisibles, ou à des événements exceptionnels, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toute la diligence déployée* ». Elle y répugne toutefois puisqu'elle précise dans l'alinéa 2 alors que cela était déjà acquis par le truchement de la formulation utilisée dans l'alinéa 1 : « *Les États membres ne sont pas tenus d'exercer la faculté visée au premier alinéa* ». La Cour de Justice a d'ailleurs jugé que la directive du 12 juin 1989 n'instaurait pas une obligation de résultat puisqu'elle estime correcte la transposition du Royaume-Uni dans le *Health and Safety Act* qui prévoit que l'employeur est tenu à ses obligations « *pour autant que ce soit raisonnablement praticable* » (CJCE 14 juin 2007, *aff. C-127/05, Commission c/ Royaume –Uni* : JCP S 2007, 292). Néanmoins, au vu du contexte actuel, il est permis d'émettre des doutes quant au caractère toujours exceptionnel des attentats. Ainsi, une entreprise se sachant particulièrement exposée (l'on pense aux industries de l'armement ou pétrochimiques) au risque terroriste pourrait avoir du mal à s'exonérer de son obligation de sécurité si toutes les mesures de sécurité imaginables n'étaient pas prises.

¹²⁶ Si les deux obligations coexistent (obligation de faire et obligation d'informer sur ce qui est fait), elles ne sont pas pour autant liées. Ainsi, l'information des représentants du personnel sur les accidents du travail ne saurait suppléer l'obligation qu'a l'employeur de tenir une liste énumérant les accidents du travail (CJCE, 5 juin 2008, *aff. C-226/06, Comm. c/ France*, points 34 et 35).

73. La directive prévoit même un contenu minimaliste mais bien présent que l'employeur doit respecter lors de l'information des travailleurs. Les mesures appropriées doivent être prises pour que les travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, ou les représentants des travailleurs ayant une fonction spécifique en cette matière, aient accès, pour l'accomplissement de leur fonction, à « l'information provenant tant des activités de protection et de prévention que des services d'inspection et organismes compétents pour la sécurité et la santé »¹²⁷. L'accès doit aussi être librement laissé à l'ensemble des éléments prévus par l'article 9, §1 de la directive, notamment les mesures de protection à prendre et, si nécessaire, le matériel de protection à utiliser, la liste des accidents du travail et les rapports concernant ces accidents établis à l'intention de l'autorité compétente¹²⁸.

74. Principes généraux de prévention. – L'article 6, §1 de la directive 89/391/CEE concernant les principes généraux de prévention les décline également quant à l'information sur les mesures prises : « g) planifier la prévention en visant un ensemble cohérent qui intègre (...) les relations sociales ; h) prendre des mesures de protection collective par priorité à des mesures de protection individuelle ; i) donner des instructions appropriées au travailleur »¹²⁹.

75. Cependant, le législateur européen a considéré comme insuffisantes ces obligations générales en présence de certains risques accrus, nécessitant la prise de mesures spécifiques que la directive 89/391/CEE mentionne expressément.

B) L'information sur l'existence de mesures spécifiques

76. Incendie et présence de plusieurs entreprises en un même lieu. – Deux risques spécifiques en raison de leur ampleur – tant en termes de quantité que de conséquences – ont mérité une attention particulière de la directive du 12 juin 1989 en ce qui concerne les mesures à adopter pour y faire face : il s'agit des incendies et des dangers graves qui y sont assimilés (1) et de la présence de plusieurs entreprises en un même lieu (2).

¹²⁷ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 10, §3 c).

¹²⁸ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 9 et art. 10, §3 a) et b).

¹²⁹ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 6, §2.

1) *L'information sur les mesures à prendre en cas d'incendie ou de dangers graves*

77. Informations capitales, régime extraordinaire. – L'article 8 de la directive du 12 juin 1989 prévoit que l'employeur doit notamment « *prendre, en matière de premiers secours, de lutte contre l'incendie et d'évacuation des travailleurs, les mesures nécessaires, adaptées à la nature des activités et à la taille de l'entreprise et/ou de l'établissement...* »¹³⁰. Ce texte concerne donc la prévention des situations de réalisation d'un risque tellement grave que le danger est immédiat et considérable. Cela consiste par exemple en la désignation des travailleurs chargés de l'évacuation d'autres travailleurs, et ce par une information directe, sans intermédiaire.

78. L'employeur se doit également d' « *informer le plus tôt possible tous les travailleurs qui sont ou qui peuvent être exposés à un risque de danger grave et immédiat sur ce risque et sur les dispositions prises ou à prendre en matière de protection* »¹³¹.

79. Représentants exclus. – Pour ces cas limitativement énumérés, une information directe des travailleurs en charge de ces situations est prévue, excluant le recours aux représentants du personnel ordinaires comme à ceux ayant une formation spécifique. Néanmoins, la directive intègre ces éléments dans son article général relatif à l'information des travailleurs ou de leurs représentants¹³². Ainsi, cette information directe se fait sans préjudice du droit d'information et de consultation des représentants des travailleurs.

80. L'article 10, §2 de la directive du 12 juin 1989 va encore plus loin puisqu'il impose à l'employeur de s'assurer que les employeurs des travailleurs intervenant dans son entreprise aient reçu toutes les informations « *adéquates* » et qu'ils les aient adressées aux travailleurs concernés. La directive vise les « *travailleurs extérieurs* ». Elle n'en exclut aucun et ne se préoccupe point de la nature juridique de l'acte qui encadre cette présence. Peu importe qu'elle résulte d'une mise à disposition, d'un détachement ou qu'il s'agisse d'une présence de fait.

81. C'est un dialogue inter-entreprises qui est établi en l'espèce. La directive s'est d'ailleurs intéressée de manière plus précise à la présence de plusieurs entreprises en un même lieu.

¹³⁰ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 8§1.

¹³¹ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 8§3 a).

¹³² Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 10§1 b) et §2.

2) *L'information sur les mesures à prendre en cas de pluralité d'entreprises en un lieu*

82. Même lieu de travail. – La directive instaure une double information en cas de présence en un même lieu de plusieurs entreprises différentes¹³³. Ainsi, tant l'entreprise d'accueil que l'entreprise qui se déplace doivent informer leurs travailleurs ou leurs représentants. Cette obligation ne cède pas lorsque plusieurs entreprises envoient des salariés dans un lieu extérieur simultanément pour un ouvrage collectif, les entreprises devant « *s'informer mutuellement des risques* » et transmettre ces informations aux travailleurs ou à leurs représentants.

83. L'information visée doit être « *adéquate* ». Il s'agit d'informer justement et précisément les travailleurs des risques en cause. Cette adéquation se doit aussi d'être temporelle afin de préserver l'effet utile de la directive. Les informations doivent être fournies avant que les risques ne soient actuels, soit avant le début de la collaboration ou à son commencement pour les informations qui n'ont de sens que si elles sont reçues sur place.

84. L'avant-gardisme espagnol. – Il est rappelé que l'intégration des travailleurs indépendants dans le champ de la directive du 12 juin 1989 n'a rien d'évident. Pourtant l'Espagne intègre dans le champ de l'information et de la consultation des représentants des travailleurs la présence d'éventuels travailleurs indépendants sur site. Réciproquement, ces derniers bénéficient des mécanismes de prévention contre les risques mis en place sur le lieu de rencontre des entreprises¹³⁴.

85. Cercle vertueux ? – La directive crée les conditions de l'avènement d'un véritable cercle vertueux du droit de la santé au travail. De son périmètre découle la délimitation des risques ; dans son aire interviennent les mesures à prendre. Néanmoins, des difficultés peuvent surgir et inverser la logique du cercle. En effet, l'employeur peut être inquiet d'effrayer s'il se sait dans l'impossibilité de rassurer. En ce cas, les travailleurs perdront tour à tour tant la conscience du risque que la confiance en leur employeur. Le peur les saisit, avec des conséquences parfois graves pouvant aller jusqu'à la paralysie de l'activité. La communication sur ces enjeux revêt une importance capitale.

¹³³ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 6§4.

¹³⁴ G. BARRIOS BAUDOR, *La prévention au travail en Espagne*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

86. Des salariés impliqués et en confiance, tels sont les bienfaits escomptés de ce dialogue, certes qualifié de passif, mais qui s'avère pourtant indispensable à l'éveil des consciences et à la mise en branle d'un dialogue plus actif. En effet, « *savoir c'est prévoir afin de pouvoir* »¹³⁵ et, comme l'écrit le Professeur Teyssié, « *l'information est de nature à susciter ou à alimenter le désir d'action* »¹³⁶.

§2. – Le dialogue social actif

87. Consultation sur les nouvelles technologies. – La directive, tout en définissant un régime de dialogue social propre au droit de la santé, aborde certains thèmes particuliers. Le principe d'une consultation est d'abord prévu à l'article 6, §3 c) de la directive 89/391/CEE sur la planification et l'introduction de nouvelles technologies en ce qui concerne les conséquences sur la santé et la sécurité des travailleurs¹³⁷. Cette consultation est prévue en dehors de l'article 11 intitulé « *Consultation et participation des travailleurs* » alors qu'elle y aurait sa place. Ce n'est d'ailleurs pas la seule anomalie d'une directive qui, s'avérant parfois trop conciliante, dévoile quelques incohérences.

88. Consultation, proposition, participation. – Tels sont les procédés de dialogue actif identifiables. Néanmoins, ces procédés sont à géométrie variable selon qu'ils concernent la consultation « *des travailleurs et/ou de leurs représentants* »¹³⁸ ou celle « *des travailleurs ou [des] représentants des travailleurs, ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs* »¹³⁹. La directive distingue donc les représentants « classiques » du personnel de ceux ayant une tâche particulière en matière de santé et de sécurité au travail. Les français reconnaîtront immédiatement le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ; mais peut-être cette distinction n'est-elle plus aussi évidente¹⁴⁰. Ainsi, même si la directive distingue des représentants spécialisés dans le domaine de la santé et d'autres qui seraient « non-spécialistes », il faudra tenter de s'en défaire en abordant successivement le droit à consultation (I), le droit de proposition (II) et le droit à une participation équilibrée (III).

¹³⁵ A. COMTE.

¹³⁶ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^{ème} édition, 2013, p. 323.

¹³⁷ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 6§3 c).

¹³⁸ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 11§1.

¹³⁹ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 11§2.

¹⁴⁰ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, articles 13 et 14 sur la délégation unique du personnel et la possibilité de regrouper les instances par accord.

I. Le droit à consultation

89. Pléonasme. – L'article 11, §1 de la directive n°89/391/CEE relatif aux représentants « ordinaires » des travailleurs prévoit que « *les employeurs consultent les travailleurs et/ou leurs représentants et permettent leur participation (...). Cela implique : – la consultation des travailleurs ; (...)* ». Le contenu de cette consultation demeure un mystère dont la seule limite n'en est pas une puisque le cadre de cette consultation comprend : « *toutes les questions touchant à la sécurité et à la santé au travail* ».

90. L'article 11, §2 de cette même directive relatif aux représentants ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé prévoit que leur participation se fera « *de façon équilibrée* » ou¹⁴¹ qu'ils seront « *consultés au préalable et en temps utile par l'employeur* » sur cinq points énumérés par la directive¹⁴². Cette consultation des représentants ayant une fonction spécifique dispose donc d'un contenu.

91. Unification souhaitable. – Plusieurs observations sont ici nécessaires. Tout d'abord, il est intéressant de noter que le champ de l'information de l'article 10 intègre totalement le champ de la consultation des représentants ayant une fonction spécifique. En revanche, il n'est pas expressément intégré à celui de la consultation des représentants « ordinaires ». Ces derniers ne disposent donc pas des informations visées à l'article 10, §3 au moment où ils expriment leur avis puisqu'elles sont réservées aux représentants ayant une fonction spécifique. Ensuite, alors même que l'information délivrée n'est pas similaire, le champ de la consultation est, en définitive, très proche. Quelle différence y aurait-il effectivement entre la consultation induite par « *une participation dans le cadre de toutes les questions touchant à la sécurité et à la santé au travail* » et celle devant être faite « *au préalable et en temps utile (...) sur toute action qui peut avoir des effets substantiels sur la sécurité et la santé* » ? La distinction offre certes de la souplesse mais demeure ténue, avec pour conséquence une perte de la lisibilité parfaite que l'on est en droit d'attendre d'une norme nécessitant une transposition dans vingt-

¹⁴¹ Il faudra revenir sur cette alternative dans l'étude du droit à une participation équilibrée.

¹⁴² Le contenu de la consultation recouvre : a) toute action qui peut avoir des effets substantiels sur la sécurité et la santé ; b) la désignation des travailleurs prévus pour s'occuper des activités de protection et de prévention des risques professionnels mais aussi ceux chargés des premiers secours et de l'évacuation en cas d'incendie ; c) les informations concernant les obligations de l'employeur prévues à l'art. 9, notamment la tenue d'une liste des accidents du travail mais également tout le domaine de l'information des travailleurs tel qu'il est prévu à l'art. 10 ; d) le recours à un service de santé / sécurité extérieur à l'entreprise ; e) la conception et l'organisation de la formation des travailleurs.

huit Etats de cultures différentes. Si les compétences spécifiques sont nécessaires, elles peuvent être attribuées aux représentants « ordinaires » dès lors qu'ils sont spécifiquement formés. Ainsi, une unification des acteurs et du domaine de la consultation est souhaitable.

92. France. – Si la directive devait être suivie à la lettre par l'Etat français pour sa transposition, tout nouveau matériel introduit dans l'entreprise, dès lors qu'il irait au-delà de la sécurité pour se situer dans le domaine du bien-être ou de l'agrément, échapperait au domaine de cette consultation qui ne vise que l'action qui a « *un effet substantiel* » sur la santé et la sécurité. Or, il n'en est rien puisqu'un simple changement des conditions de travail doit faire l'objet d'une consultation du CHSCT¹⁴³, l'expression « conditions de travail » étant entendue de la manière la plus large possible.

93. Enfin, il convient de noter dans le droit français un changement intervenu récemment dans un silence fracassant. Alors qu'une grande loi relative au dialogue social et issue du Ministère du travail venait d'être publiée au Journal Officiel¹⁴⁴, la petite révolution vint du Ministère de la santé. L'article L. 4612-1 du Code du travail précisant les missions du CHSCT s'était toujours limité à prévoir qu'entraîné dans les attributions de l'instance de contribuer « *à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs* ». Désormais, le CHSCT contribue « *à la prévention et à la protection de la santé...* »¹⁴⁵.

II. Le droit de proposition

94. Pouvoirs distincts. – L'article 11, §1 de la directive n°89/391/CEE prévoit le droit pour les travailleurs ou leurs représentants de faire des propositions, sans plus de précisions.

95. C'est l'article 11, §3 qui prévoit le droit de faire des propositions pour les représentants des travailleurs ayant une fonction spécifique. Eux seuls – les travailleurs n'étant pas envisagés avec leurs représentants selon la formule classique « *et /ou* » – ont « *le droit de demander à l'employeur qu'il prenne des mesures appropriées et de lui soumettre des propositions en ce sens, de façon à pallier tout risque pour les travailleurs et/ou à éliminer les sources de danger* ». Le régime du droit de proposition des représentants spécifiques est donc légèrement plus précis puisque les propositions sont limitées à la prise de mesures

¹⁴³ Art. L.4612-8-1 du Code du travail français.

¹⁴⁴ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹⁴⁵ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

appropriées pour pallier les risques et éliminer le danger, ce que le Professeur Teyssié traduit par la faculté de demander « *des mesures préventives ou curatives* »¹⁴⁶.

96. Unification souhaitable. – De la même façon que pour le droit à consultation, cette différence de régime apparaît finalement très superficielle entre le droit de faire des propositions en matière de santé et de sécurité et le droit de demander à l'employeur qu'il prenne des mesures appropriées et de lui soumettre des propositions en ce sens. C'est une même mission qui pourrait être confiée à une même instance de représentation dûment formée aux problèmes liés à la santé et à la sécurité des travailleurs.

III. Le droit à une participation équilibrée

97. Pléonasme et imprécisions. – Le droit à une participation équilibrée est le droit le plus mystérieux de la directive du 12 juin 1989. S'agissant des représentants ordinaires, l'article 11, §1 dispose que la participation des travailleurs ou de leurs représentants « ordinaires » implique : « *la participation équilibrée conformément aux législations et/ou pratiques nationales* ». La participation implique donc une participation ... équilibrée.

98. S'agissant cette fois des travailleurs ou de leurs représentants ayant une fonction spécifique en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, l'article 11, §2 prévoit que ceux-ci "*participent de façon équilibrée, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, ou sont consultés au préalable et en temps utile par l'employeur...* ». Cette mystérieuse participation équilibrée aurait en définitive assez de consistance pour suppléer la consultation des représentants ayant une fonction spécifique en matière de santé et de sécurité.

99. Malgré tout, la directive 89/391/CEE ne définit pas la participation équilibrée. Dans le procès-verbal d'adoption de la directive, une déclaration précise que « *la notion de participation équilibrée comprend une gamme de plusieurs formes de participation des travailleurs, qui varient considérablement d'un État membre à l'autre. La présente directive ne comporte aucune obligation pour les États membres de prévoir une forme déterminée de participation équilibrée* »¹⁴⁷. La notion de participation implique une gamme de plusieurs formes de ...participation.

¹⁴⁶ B. TEYSSIÉ, *Union Européenne, exécution des relations de travail* : J-CI. 92-40.

¹⁴⁷ Document du Conseil 9869/88 *restreint soc.* 282, 12 déc. 1988, p. 22.

100. Suppression souhaitable. – La directive se doit de laisser une marge de manœuvre suffisante aux Etats membres ; mais laisser une marge de manœuvre implique à tout le moins un cadre et dans le meilleur des cas un objectif. A la lecture du texte de la directive, rien ne permet de connaître le cadre de cette participation dont il est affirmé qu'elle doit être équilibrée.

101. Le droit à consultation et le droit de proposition paraissent plus palpables et, en matière de santé et de sécurité, il n'est pas envisageable que la consultation – éminemment utile et nécessaire – puisse être remplacée par une obligation aussi peu déterminée que la « *participation équilibrée* ». Rappelons ce qui n'est pas encore une évidence pour bien des législateurs, « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »¹⁴⁸.

102. Exemples : Italie, Espagne. – Dans son « *testo unico di sicurezza sul lavoro* »¹⁴⁹, nonobstant une section abondante intitulée « *Consultazione et Partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori* », l'Italie n'a pas su donner à la participation son propre contenu. Elle se résume à d'autres obligations. Ainsi, les représentants des travailleurs sont informés sur de nombreux thèmes reprenant la directive ; ils sont consultés de la même manière, notamment quant à la pertinence des formations reçues, la désignation des responsables en cas d'incendie et surtout « *preventivamente e tempestivamente* »¹⁵⁰ quant à l'évaluation des risques, l'individualisation, la programmation, la réalisation et la vérification de la prévention en place dans l'entreprise et dans l'unité de production. En outre, ils formulent des observations et des propositions. La participation en tant que telle demeure un mystère, la doctrine italienne se bornant à souligner à quel point le rôle des représentants des travailleurs est fondamental en ce qu'ils constituent une « *véritable interface avec le personnel* »¹⁵¹. De la même façon, la loi de transposition espagnole considère que la participation n'est autre que le terme chapeautant l'ensemble des moyens relatifs au dialogue

¹⁴⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*.

¹⁴⁹ Décret législatif n°81/2008, art. 50, « *texte unique sur la sécurité au travail* ». Unique car le législateur italien a accompli ce que le législateur européen n'a pas encore réalisé : un texte unique regroupant toutes les dispositions générales en matière de santé au travail dans première partie, accompagné de dispositions sectorielles adaptées dans une seconde partie.

¹⁵⁰ préventivement et promptement.

¹⁵¹ A. MURATORIO, *La protection de la santé au travail et la loi en Italie*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

social¹⁵². Envisager la participation équilibrée en remplacement éventuel de la consultation est dépourvu de sens : le texte même de la directive est contraire à son esprit.

103. Un droit, un devoir ! – Plus qu'une obligation pour l'employeur, la participation est un devoir du travailleur¹⁵³. En effet, la participation trouve sa traduction la plus exacte dans la section III de la directive portant sur les obligations des travailleurs. Il y est prévu que les salariés ont l'obligation de communiquer à l'employeur ou aux travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de santé et de sécurité tout danger grave et immédiat qu'ils pourraient craindre ainsi que l'obligation de concourir à leur sécurité à plus long terme¹⁵⁴.

104. Conclusion de la Section 1. – Réécrire la directive ? Près de vingt-sept ans après, l'heure d'une directive de « codification » est peut-être venue, remodelant la directive du 12 juin 1989 à l'aune des évolutions législatives et jurisprudentielles mais aussi techniques, scientifiques et culturelles, notamment concernant les représentants des travailleurs. Il faut noter à ce sujet que les obligations de participation et de consultation des représentants ayant une fonction spécifique en matière de santé et de sécurité « *se distingue[nt] de l'obligation générale pour les employeurs de consulter les travailleurs et/ou leurs représentants sur ces questions* »¹⁵⁵. Néanmoins, même si la vision qu'a la CJUE des obligations imposées par les directives est extensive, cela n'exclut pas une unification des acteurs. En effet, ce sont bien les obligations qui sont spécifiques et qui se distinguent nécessairement de l'obligation générale de consulter les représentants des travailleurs, pas les représentants eux-mêmes. Il n'est donc

¹⁵² Loi 31/1995 du 8 novembre 1995 de prévention des risques professionnels, dite « LPRL ». Cette analyse est confirmée par la doctrine espagnole, voir G. BARRIOS BAUDOR, *La prévention au travail en Espagne*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

¹⁵³ qui devient « *acteur de sa propre sécurité* », S. LAULOM, *Contexte et apports de la directive cadre du 12 juin 1989*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

¹⁵⁴ Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 13§2 d), e), f). Cependant, cette obligation demeure modeste : ce n'est qu'une obligation de moyens car le salarié n'a pas les possibilités de prendre d'autorité toutes les mesures nécessaires. L'article L.4122-1 du Code du travail français transpose la directive en affirmant que l'obligation du salarié est appréciée selon les instructions données par l'employeur. Le droit français rend net la subsidiarité des obligations du travailleur en la matière qui n'apparaît qu'en filigrane dans la directive. Mme Everaert-Dumont parle de « *devoir de prudence* » (D. EVERAERT-DUMONT : J-CI 20-10) empruntant à l'expression d'Alain Coeuret sur le « *devoir de vigilance* » (*La responsabilité du salarié en matière de sécurité et prévention des risques professionnels, rapport annuel de 2002 de la Cour de cassation*, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/matiere_securite_6108.html).

¹⁵⁵ CJCE, 6 avr. 2006, *aff. C-428/04, Comm. c/ République d'Autriche*, citée supra n° 22, points 76 et 85.

pas exclu que ces obligations spécifiques puissent être attribuées aux représentants habituels des travailleurs dès lors que les obligations demeurent distinctes et que ces représentants sont en mesure de jouer plusieurs rôles différents¹⁵⁶.

Section 2 : Les protections spécifiques

105. Directives particulières. – De nombreuses « directives particulières » au sens de l'article 16, §1 de la directive 89/391/CEE ont été adoptées lorsque des risques spécifiques ont pu être identifiés, sans que cela empêche l'application pleine et entière de la directive-cadre 89/391/CEE du 12 juin 1989 dès lors qu'elle n'entre pas en conflit avec les directives particulières.¹⁵⁷ Si des directives particulières sont nécessaires c'est parce que des risques particuliers sont identifiés toujours plus précisément. Ainsi, une enquête du Ministère du travail français datant de 2003 pointait, parallèlement à un recul du travail répétitif ou des longues journées, un accroissement de la pénibilité au travail lié aux contraintes « organisationnelles », aux astreintes, au stress, au bruit et au travail sur écran¹⁵⁸. Les risques au travail deviennent les risques du travail et la multiplication des formes de travail entraîne une diversification des risques auxquels il faut faire face.

106. Précarité de corps, précarité d'esprit. – L'homme sain est un homme qui dialogue. Le dialogue sert la sécurité de l'homme, c'est-à-dire sa santé physique mais aussi le bien-être de l'homme, sa santé mentale. Si la santé physique des travailleurs était une évidence, la santé mentale est plus récente mais commence à se normaliser¹⁵⁹.

107. Ainsi des directives particulières contenant des obligations d'information et de consultation particulières se sont chargées de protéger spécifiquement le corps de travailleurs particuliers : les travailleurs précaires (**Sous-section 1**). La protection de l'esprit a, quant à elle, été renforcée pour l'ensemble des travailleurs (**Sous-section 2**).

¹⁵⁶ Voir la réflexion sur la possibilité d'une instance de coordination CHSCT / CE in M. Del Sol, *Les décisions et pratiques managériales à l'épreuve du droit de la santé au travail*, RDSS 2013, p. 868.

¹⁵⁷ S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 374 ; Dir. n°89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 16§3.

¹⁵⁸ DARES, PIPS 2004, n°52.1, enquête SUMMER 2003.

¹⁵⁹ « Chacun s'accorde à penser que l'encadrement occupe une place déterminante dans la réussite de toute politique sérieuse de prévention contre les atteintes à la santé mentale » P-Y. VERKINDT, *L'irrésistible ascension du droit de la santé au travail*, JCP S n°26, 30 juin 2015, 1243.

Sous-section 1 : Le renforcement de la protection du corps des travailleurs précaires

108. Application particulière de la directive-cadre. – De façon courante, le travailleur précaire s'entend comme celui qui ne peut pas bénéficier de la relation de travail qu'il souhaiterait obtenir, souvent un contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée. Le précaire est donc celui qui n'entre que ponctuellement ou que partiellement dans la cité que constitue l'entreprise, créant souvent l'amalgame avec le travailleur temporaire.

109. Diverses catégories de travailleurs temporaires. – Quatre types de travailleurs temporaires sont identifiés selon la doctrine de l'Organisation des Nations-Unies¹⁶⁰. Il serait possible de distinguer les travailleurs temporaires ouverts à toutes possibilités (« *travailleurs du savoir* », disposant de compétences si pointues qu'elles ne sont que ponctuellement nécessaires à l'entreprise), les travailleurs temporaires qualifiés en transition, pour qui le travail temporaire est un « *tremplin* » vers l'emploi permanent, les travailleurs temporaires par vocation qui ont souvent des préoccupations non-professionnelles et enfin les travailleurs temporaires traditionnels : peu qualifiés mais peu intéressés par le travail temporaire, ce sont les plus nombreux et les plus fragiles. Il s'agit pour cette dernière catégorie du travailleur qui n'arrive pas à sortir de l'intérim ou encore du temps partiel alors même qu'il recherche un emploi stable.

110. Dans ce dernier cas, la fragilité du travailleur temporaire est manifeste. Il nécessite de ce fait une attention particulière qui se traduit dans l'objet des protections établies par les directives d'application de la directive-cadre du 12 juin 1989 mais aussi dans celui de certains accords-cadres européens qui prolongent ces règles.

111. Temps, espace. – Il ressort des développements précédents que tous les travailleurs temporaires ne sont pas dans une situation de précarité. Les directives européennes prises en application de la directive générale du 12 juin 1989 en ont tiré toutes les conséquences et ont participé au développement d'un dialogue social sélectif. Les mesures prises concernent les travailleurs dont la situation est précaire en raison du temps passé dans l'entreprise (§1) mais aussi ceux dont la situation est précaire en raison de leur environnement de travail propre (§2).

¹⁶⁰ F. J. GARCIA, J. RAMOS, J. M. PEIRO, A. CABAILLER, B. SORA, *Bien-être, attitudes et comportements au travail des travailleurs temporaires*, R.I. trav. 2011, volume 150, p. 257.

§1 Les travailleurs précaires en raison du temps

112. Le législateur européen a pris l'initiative d'améliorer la santé et de sécurité des travailleurs en contrat à durée déterminée (« CDD ») ou en contrat de mission (I). En revanche, concernant le travail à temps partiel, la directive intervenue n'est que le fruit d'une demande des partenaires sociaux européens quant à la mise en œuvre d'un accord-cadre sur le sujet (II).

I. Les travailleurs en CDD ou en mission

113. Risques supplémentaires. – S'il existe une directive supplémentaire, c'est qu'il existe un risque supplémentaire. En effet, la directive 91/383/CEE du 25 juin 1991 complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire cherche à pallier les risques spécifiques inhérents à « *certaines modes particuliers d'insertion dans l'entreprise* »¹⁶¹.

114. Ainsi, la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 qui contient des dispositions destinées à améliorer la sécurité et la santé des travailleurs en général est insuffisante au regard de la « *la situation spécifique des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire, ainsi que la particularité des risques encourus par eux dans certains secteurs* » ce qui rend nécessaire « *une réglementation complémentaire particulière, notamment en ce qui concerne l'information, la formation et la surveillance médicale des travailleurs concernés* ».

115. Information particulière, régime particulier. – C'est donc l'information des travailleurs qui fait l'objet d'une obligation particulière dans la directive 91/383/CEE du 25 juin 1991¹⁶². Il faut distinguer deux particularités du régime prévu, l'une sur le moment de l'information, l'autre sur son contenu.

¹⁶¹ Dir. n°91/383/CEE du 25 juin 1991, préambule : « *considérant que ces risques supplémentaires existant dans certains secteurs sont en partie liés à certains modes particuliers d'insertion dans l'entreprise; que ces risques peuvent être diminués par une information et une formation adéquates dès le début de la relation de travail* ».

¹⁶² Dir. n°91/383/CEE du 25 juin 1991, art. 3.

116. Quel que soit le domaine d'activité, dès lors qu'un CDD ou un contrat de mission constituent la relation de travail, le travailleur est informé, avant le début de sa prise de poste, des risques spécifiques par lui encourus. Cette information ne peut être transmise aux représentants des travailleurs. Il n'y a pas d'option contrairement à la directive générale du 12 juin 1989. Une certaine célérité s'impose naturellement du fait de la présence – par hypothèse de courte durée – de travailleurs n'ayant pas forcément l'expérience leur assurant une parfaite sécurité. Ainsi, les travailleurs précaires sollicités par exemple pour un remplacement devront s'adapter très rapidement à leur poste, multipliant les risques.

117. Quant au contenu de l'information, il doit renseigner l'intéressé sur les qualifications et aptitudes professionnelles nécessaires au poste ainsi que sur les « *risques majorés spécifiques éventuels liés au poste de travail à pourvoir définis par les législations nationales* ».

118. Enfin, ces informations particulières ne dispensent pas l'employeur du respect des obligations d'information et de consultation de la directive générale puisque la directive 91/383/CEE du 25 juin 1991 s'applique « *sans préjudice de l'article 10 de la directive 89/391/CEE* »¹⁶³.

119. Dans sa résolution du 6 décembre 1994 relative aux politiques sociales de l'Union européenne, le Conseil a incité les partenaires sociaux européens à conclure des accords-cadres, les syndicats étant « *en règle générale, plus proches de la réalité sociale et des problèmes sociaux* »¹⁶⁴. Ainsi, ces derniers ont conclu un accord concernant le temps partiel.

¹⁶³ Il convient de souligner également que la directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire prévoit en son article 8 que sont fournies aux instances représentatives des travailleurs les informations appropriées sur « *le recours aux travailleurs intérimaires lors de la transmission d'informations sur la situation de l'emploi dans l'entreprise* » et cela sans préjudice des dispositions relatives à l'information / consultation prévues par la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs. Ainsi, concernant l'intérim, le dialogue social avec les représentants des travailleurs intègre le cadre d'un dialogue général sur l'emploi et n'a pas pour objectif la sécurité des travailleurs qui, elle, est assurée par un dialogue direct avec les travailleurs.

¹⁶⁴ Dir. n°97/81/CE du 15 décembre 1997, préambule.

II. Les travailleurs à temps partiel

120. Qualité du travail à temps partiel. – L'accord-cadre du 6 juin 1997 a été mis en œuvre par voie de directive¹⁶⁵. L'accord prévoit d'assurer la suppression des discriminations, de faciliter le travail à temps partiel sur une base volontaire mais surtout d'améliorer la qualité du travail à temps partiel¹⁶⁶. Pour améliorer la qualité du travail à temps partiel, l'accord impose à l'employeur d'informer de manière appropriée les représentants des travailleurs.

121. Informations appropriées. – L'article 5 de l'accord-cadre du 6 juin 1997 oblige l'employeur à fournir « *aux organes existants représentant les travailleurs [les] informations appropriées sur le travail à temps partiel dans l'entreprise* »¹⁶⁷. L'objectif de cette stipulation est double : faciliter le passage du temps partiel au temps plein et *vice versa*¹⁶⁸ ; permettre aux représentants des travailleurs d'exercer un contrôle sur le travail à temps partiel (respect des dispositions tant nationales que communautaires sur la durée du travail, etc.).

122. En effet, les partenaires sociaux européens ont pu estimer que les travailleurs à temps partiel passaient par définition moins de temps au travail que les travailleurs à temps plein, que l'acquisition des savoirs, des connaissances et de l'expérience professionnelle était à ce titre plus longue et plus fragile et que, dès lors, une information particulière pouvait être nécessaire, celle des représentants des travailleurs assurant que ces derniers puissent demander des comptes à l'employeur si des dysfonctionnements en matière de santé ou de sécurité devaient être remarqués.

123. Les travailleurs dont la précarité est due au temps ne représentent cependant pas la totalité des « précaires ». Il convient d'étudier les dispositions relatives au dialogue social pour ceux dont la précarité est due à l'espace.

¹⁶⁵ Dir. n°97/81/CE du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES - Annexe : Accord- cadre sur le travail à temps partiel.

¹⁶⁶ Accord-cadre du 6 juin 1997, clause 1.

¹⁶⁷ Accord-cadre du 6 juin 1997, clause 5 §3 e).

¹⁶⁸ B. Teyssié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^{ème} édition, 2013, pp. 247-248.

§2 Les travailleurs précaires en raison de l'espace

124. En mouvement ou à domicile. – Le lieu de travail peut être source de précarité. Ainsi, la directive 92/57/CEE du 24 juin 1992, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles, a complété les dispositions concernant la coordination de plusieurs entreprises en un même lieu prévues par la directive générale 89/391/CEE du 12 juin 1989 (I). Il est également une question qui se pose et se posera avec d'autant plus de force que le système se développe : *quid* de la santé et de la sécurité des travailleurs en télétravail ? Ces derniers ont fait l'objet d'un accord-cadre européen en date du 16 juillet 2002 (II).

I. Les travailleurs précaires en déplacement

125. Renforcement général. – La directive 92/57/CEE du 24 juin 1992 ne modifie que très peu les modalités de l'information, de la consultation et la participation prévues par la directive cadre. Son apport en matière de dialogue social s'avère modeste. Elle insiste sur le principe de l'information et ajoute quelque peu au contenu de la consultation.

126. Information des travailleurs. – C'est encore une fois « *sans préjudice de l'article 10 de la directive 89/391/CEE* » que « *les travailleurs et/ou leurs représentants sont informés de toutes les mesures à prendre en ce qui concerne leur sécurité et leur santé sur le chantier* »¹⁶⁹.

127. Surtout, la directive souligne que les informations doivent être compréhensibles pour tous les travailleurs concernés. C'est ici que réside son véritable apport. L'hypothèse est celle d'un chantier, mobile et temporaire, sur lequel des travailleurs de plusieurs entreprises vont se rencontrer. Le législateur européen a conscience que la libre circulation des travailleurs, la libre prestation de service ainsi que la liberté d'établissement ne réaliseront l'accomplissement du marché unique que si les entraves techniques aux échanges sont levées. Ainsi, une mauvaise compréhension due aux langues diverses de l'Union peut, en l'absence de dispositions spécifiques, constituer une source de risques pour la sécurité des travailleurs.

128. Consultation et participation des travailleurs. – La consultation et la participation des travailleurs et/ou de leurs représentants ont lieu – non pas « *sans préjudice* » – mais « *conformément à l'article 11 de la directive 89/391/CEE sur les matières couvertes par les*

¹⁶⁹ Dir. n°92/57/CEE du 24 juin 1992, art. 11.

articles 6, 8 et 9 de la présente directive, en prévoyant, chaque fois que cela s'avérera nécessaire, compte tenu du niveau des risques et de l'importance du chantier, une coordination appropriée entre les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs au sein des entreprises qui exercent leurs activités sur le lieu de travail »¹⁷⁰.

129. En réalité, il n'y a donc aucune consultation ou participation spécifique en matière de chantier mobile. La directive du 24 juin 1992 emprunte non pas le régime de la consultation de la directive générale mais la consultation elle-même à laquelle elle se contente d'ajouter un contenu spécifique. Ainsi, en sus du contenu prévu par la directive de 1989, la consultation des travailleurs ou de leurs représentants doit porter sur les tâches des coordinateurs de chantier, sur tous les principes prévus à l'article 8 de la directive du 24 juin 1992¹⁷¹ ainsi que sur les obligations imposées aux employeurs.

130. La précarité du travailleur liée à son lieu de travail peut aussi résulter du fait qu'il exerce ses fonctions hors de l'entreprise, rendant ainsi physiquement impossible tout contrôle par son employeur.

II. Les travailleurs précaires à domicile

131. L'ampleur du télétravail. – Le télétravail n'est pas forcément synonyme de précarité. Il résulte souvent d'un choix fait par le travailleur de fournir sa prestation de travail depuis son

¹⁷⁰ Dir. n°92/57/CEE du 24 juin 1992, art. 12.

¹⁷¹ Dir. n°92/57/CEE du 24 juin 1992, art. 8. Il s'agit notamment de : « *la maintenance du chantier en bon ordre et en état de salubrité satisfaisant ; le choix de l'emplacement des postes de travail, en prenant en compte les conditions d'accès à ces postes, et la détermination des voies ou zones de déplacement ou de circulation ; les conditions de manutention des différents matériaux ; l'entretien, le contrôle avant mise en service et le contrôle périodique des installations et dispositifs afin d'éliminer les défauts susceptibles d'affecter la sécurité et la santé des travailleurs ; la délimitation et l'aménagement des zones de stockage et d'entreposage des différents matériaux, en particulier s'il s'agit de matières ou de substances dangereuses ; les conditions de l'enlèvement des matériaux dangereux utilisés ; le stockage et l'élimination ou l'évacuation des déchets et des débris ; l'adaptation, en fonction de l'évolution du chantier, de la durée effective à consacrer aux différents types de travaux ou phases de travail ; la coopération entre les employeurs et les indépendants ; les interactions avec des activités d'exploitation sur le site à l'intérieur ou à proximité duquel est implanté le chantier* », cette liste n'étant pas limitative.

domicile, ou en tout état de cause hors du lieu de travail, lorsque la nature de son travail le lui permet et en accord avec son employeur¹⁷².

132. Rôle particulier de l'employeur. – « *L'employeur est responsable de la protection de la santé et de la sécurité professionnelles du télétravailleur conformément à la directive 89/391, ainsi qu'aux directives particulières* »¹⁷³. Rien n'exonère donc l'employeur de son obligation de sécurité envers ses travailleurs, même s'il est matériellement dans l'impossibilité d'exercer concrètement son pouvoir de direction dans toute son ampleur.

133. Toutefois des ajustements sont nécessaires : ainsi « *l'employeur informe le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de santé et de sécurité au travail, en particulier des exigences relatives aux écrans de visualisation. Le télétravailleur applique correctement ces politiques de sécurité* ». Une information directe et adaptée incombe donc à l'employeur, justement orientée vers les écrans de visualisation, risque majeur en lien avec le travail pour les télétravailleurs. L'expression « *en particulier* » laisse entendre que la liste n'est pas limitative. Il faut également penser à d'autres problèmes comme ceux liés à la détermination et au respect du temps de repos.

134. Rôle particulier des représentants des travailleurs. – Deux pouvoirs principaux sont reconnus dans l'accord-cadre aux représentants des travailleurs. D'abord, « *afin de vérifier l'application correcte des dispositions applicables en matière de santé et de sécurité, l'employeur, les représentants des travailleurs et/ou les autorités compétentes ont accès au lieu du télétravail, dans les limites des législations et conventions collectives nationales. Si le télétravailleur travaille à domicile, cet accès est soumis à une notification préalable et à son accord* ». Les représentants des travailleurs peuvent être amenés à contrôler avec l'employeur le lieu du télétravail. Ils représentent dans l'accord-cadre une présence supplémentaire ou une alternative à la présence « *des autorités compétentes* », c'est-à-dire étatiques. Ensuite et surtout – car cela n'est pas une faculté mais une obligation – les représentants des travailleurs sont informés et consultés sur l'introduction du télétravail conformément aux législations européennes et nationales ainsi qu'aux conventions collectives et pratiques nationales¹⁷⁴. A

¹⁷² Accord-cadre du 16 juillet 2002, préambule. D'ailleurs, la CES, l'UNICE/UEAPME et le CEEP soulignaient à l'occasion de la signature de l'accord-cadre que « *4,5 millions de salariés 'télétravaillent' actuellement dans l'UE. Selon certaines estimations, ce nombre pourrait dépasser 17 millions d'ici 2010* ».

¹⁷³ Accord-cadre du 16 juillet 2002, clause 8.

¹⁷⁴ Accord-cadre du 16 juillet 2002, clause 11.

titre d'exemple, les partenaires sociaux français ont, mot pour mot, transposé ces deux pouvoirs¹⁷⁵.

135. Le droit de la santé et de la sécurité a donc ajouté à la directive de 1989 pour protéger physiquement les travailleurs précaires dans le cas où un risque particulier s'élevait, ce risque étant parfois constitué par cette même précarité. D'autres risques particuliers apparus ou révélés plus récemment concernent tous les travailleurs : ceux que l'on nomme de façon quelque peu énigmatique les risques psychosociaux.

Sous-section 2 : Le renforcement de la protection de l'esprit pour tous les travailleurs

136. Risques psychosociaux, définition. – Pour beaucoup, les risques psychosociaux relèvent encore du registre du concept, peu palpable et difficile à appréhender. L'Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail les définit ainsi : « *les risques psychosociaux sont le résultat d'une mauvaise conception, organisation ou gestion du travail et d'un contexte socioprofessionnel défavorable* »¹⁷⁶, ces risques résultant de conditions de travail particulièrement dégradées. Sont cités en exemple la surcharge de travail ou encore le harcèlement psychologique et sexuel et la violence exercée par des tiers.

137. Stress et violence au travail. – L'outil du dialogue social s'est aussi imposé comme une solution parmi d'autres afin de lutter contre ces nouvelles formes d'aliénation au travail que représentent les risques psychosociaux. Le dialogue social ressort dans le champ du stress au travail (§1) et de la violence au travail (§2).

§1 Le stress au travail

138. Stress et santé. – Si, selon Éric Albert¹⁷⁷, « *la définition extrêmement floue du stress permet à chacun d'y mettre ce qu'il veut : on ne sait pas de quoi on parle* »¹⁷⁸, pour l'Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail la situation de stress pour les travailleurs est caractérisée « *à partir du moment où ce que l'on exige d'eux sur le plan professionnel dépasse leur capacité à satisfaire ces exigences* »¹⁷⁹. En définitive, le stress apparaît lorsque

¹⁷⁵ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail, article 8.

¹⁷⁶ <https://osha.europa.eu/fr/themes/psychosocial-risks-and-stress>.

¹⁷⁷ Directeur de l'Ifas, cabinet médical spécialisé dans la gestion du stress dans l'entreprise.

¹⁷⁸ Rapport du Conseil économique, social et environnemental 2004, 24 mars 2004, p. 66.

¹⁷⁹ <https://osha.europa.eu/fr/themes/psychosocial-risks-and-stress>.

l'homéostasie disparaît¹⁸⁰. Lorsque le stress survient, tant la productivité que la vie du travailleur s'en trouvent affaiblies.

139. La proximité de la notion de stress avec les ressources environnantes fait qu'il est revenu assez naturellement aux partenaires sociaux européens de négocier un accord-cadre interprofessionnel concernant le stress au travail ; celui-ci a vu le jour le 8 octobre 2004 et fut mis en œuvre par voie autonome¹⁸¹.

140. Stress et dialogue social. – L'accord vise à « *prévenir, éliminer ou réduire les problèmes de stress au travail* » grâce à diverses mesures qui peuvent être « *collectives, individuelles ou les deux à la fois* »¹⁸². A titre d'exemple, l'accord vise des mesures de gestion et de communication, des mesures de formation et, en dernier lieu, « *l'information et la consultation des travailleurs et/ou leurs représentants, conformément à la législation, aux conventions collectives et aux pratiques européennes et nationales* ».

141. France. – L'accord national interprofessionnel sur le stress au travail du 2 juillet 2008 transpose pour partie l'accord-cadre européen. Il adopte la même définition du stress que l'accord-cadre en son article 3¹⁸³ et impose que les représentants du personnel soient associés à la mise en œuvre des mesures engagées pour prévenir, éliminer ou réduire le stress. Si cela n'était pas évident, les partenaires sociaux français ont également tenu à rappeler que le stress constitue un risque pour la santé et la sécurité au sens de la directive générale du 12 juin 1989 et qu'il y a donc lieu de lui appliquer toutes les dispositions en matière d'information, de consultation et de participation prévues par celle-ci¹⁸⁴. D'ailleurs, au-delà de cette référence

¹⁸⁰ . Initialement défini par Claude Bernard, le terme homéostasie provient du grec « *hómoios* » (similaire) et « *stásis* » (stabilité, action de se tenir debout), voir C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865. L'homéostasie est le contraire du stress en ce qu'elle représente la capacité de chaque être sensible à perdurer dans le temps en fonction des ressources dont il dispose, voir F. HÉAS, *Le bien-être au travail*, JCP S n°27, 6 juillet 2010, 1284.

¹⁸¹ Il n'a donc pas été repris dans une directive, sa transposition dans le droit interne incombant aux partenaires sociaux nationaux.

¹⁸² Accord-cadre du 8 octobre 2004, clause 6.

¹⁸³ qui prévoit qu'« *un état de stress survient lorsqu'il y a un déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face* ».

¹⁸⁴ E. RAVIER, *Enjeux et mutations en matière de santé au travail*, JCP S n°30-34, 27 juillet 2010, 1319.

expresse, une identité de contenu quant au rôle des représentants des travailleurs peut être dégagée même si les mots diffèrent¹⁸⁵.

142. Prises d'initiative d'entreprises en France. – Les entreprises se sont également emparées du sujet, conscientes du danger que constitue le stress pour leur pérennité. Plusieurs accords d'entreprise ont ainsi tenté d'aller au-delà de l'accord-cadre européen et de sa transposition française. L'accord Danone¹⁸⁶ porte sur « *diverses situations de mal-être, de ressenti négatif par rapport au travail* ». Il y est acquis que la diminution du stress passe par une communication et une formation assurant un « bien-être » au travail. L'accord Thalès¹⁸⁷ précise, au sein des mesures collectives de prévention des risques psychosociaux, que les sociétés du groupe mèneront avec les médecins du travail et les CHSCT toutes les actions de prévention visant à éliminer les facteurs de risque et crée une commission centrale de la qualité de vie au travail pour coordonner ces actions. Un rapport annuel de cette commission doit être présenté au comité d'entreprise ainsi qu'au CHSCT. L'accord Peugeot-Citroën¹⁸⁸ fait le lien entre bien-être au travail et bien-être hors du travail, annonçant plausiblement en matière de santé le remplacement à venir de l'Etat-Providence par « l'Employeur-Providence ».

143. Ailleurs. – Au-delà des divergences de conceptions concernant le rapport aux représentants des travailleurs, il s'agira simplement de souligner ici le grand retentissement qu'un accord-cadre européen peut obtenir. En effet, contrat de droit privé, l'accord-cadre appelle à sa transposition les partenaires sociaux nationaux qui s'y sont préalablement engagés ou ceux qui adhèrent aux confédérations européennes signataires. Néanmoins, les Etats membres ont parfois pris les devants en transposant par la loi cet accord. C'est le cas de la Belgique¹⁸⁹ et de la République tchèque¹⁹⁰. D'autres ont pu se contenter d'accords collectifs

¹⁸⁵ P-Y. VERKINDT, *L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre*, JCP S n°40, 30 septembre 2008, act. 483.

¹⁸⁶ Accord Danone du 11 mars 2010 sur le stress et les risques psychosociaux, *Liaisons soc.* 22 mars 2010, *conventions et accords n°58/2010*.

¹⁸⁷ Accord Thalès du 4 février 2014 sur la qualité de vie au travail, <http://www.cfdt-thales.com/media/documents/qualite-de-vie-au-travail/qvt2014.pdf>.

¹⁸⁸ Accord PSA du 12 octobre 2009 sur le dispositif d'évaluation et de prévention du stress professionnel, *Liaisons soc.* 2009, *Conventions et accords n°218/2009*.

¹⁸⁹ Arrêté Royal du 17 mai 2013 relatif à la prévention de la charge psychosociale occasionnée par le travail dont la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail.

¹⁹⁰ Loi n°262/0226, 21 avril 2006, art. 103 du Code du travail tchèque

nationaux ou d'entreprise. C'est le cas de la Roumanie, de l'Allemagne¹⁹¹ ou du Portugal¹⁹². Enfin, d'autres encore ont opté pour une voie tripartite en mettant en œuvre des campagnes coordonnées entre l'Etat, les employeurs et les partenaires sociaux. Il en va ainsi du Luxembourg¹⁹³, du Royaume-Uni ou de la Lettonie avec la campagne « *Aimez votre cœur* » du Ministère de la santé letton¹⁹⁴.

144. Si le stress peut parfois constituer une violence morale, cette dernière est aussi envisagée par l'Union Européenne et les partenaires sociaux européens de manière indépendante.

§2 La violence au travail

145. Recommandation. – La prise de conscience des risques liés à la violence au travail par l'Union européenne fut rapide mais timide. Elle est intervenue par le truchement d'une de ses normes les plus ténues. C'est en effet la recommandation 92/131/CEE du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail à laquelle est annexé un code de pratique qui faisait référence en la matière. Toute une procédure est proposée – recommandée – en cas de comportement violent au travail, notamment en cas de harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral. Le code de pratique recommande également son adoption, « *selon les cas, après consultation ou négociations avec les syndicats ou les représentants du personnel* ». Le droit français a tenu compte de cette recommandation en accordant au CHSCT le droit de faire des propositions et de la prévention sur ces sujets.

146. L'accord cadre. – Les partenaires sociaux européens se sont emparés du sujet plus tardivement, mais d'une manière plus affirmée. En effet, l'accord du 26 avril 2007 porte sur le harcèlement et la violence au travail et prévoit, de façon beaucoup plus directe, que les employeurs « *en consultation avec les travailleurs et/ou leurs représentants, établiront, réviseront et contrôleront ces procédures, afin de garantir leur efficacité à prévenir les problèmes et à les traiter s'ils surviennent malgré tout* »¹⁹⁵.

http://www.mpsv.cz/files/clanky/3221/labour_code.pdf.

¹⁹¹ Accord Mercedes-Benz Daimler AG.

¹⁹² EDP Produção, « *CP-Caminhos de ferro Portugueses, EP* » (compagnie de chemin de fer).

¹⁹³ Avis sur le stress au travail du 15 juin 2006 du Conseil économique et social luxembourgeois, p. 5.

¹⁹⁴ B. LEGROS, *La transposition de l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004 sur le stress au travail*, JCP S n°26, 23 juin 2009, 1280.

¹⁹⁵ Accord-cadre du 26 avril 2007, clause 4.

147. Conclusion de la Section 2. – Le risque particulier appelle un dialogue particulier. Mais le dialogue particulier n'exclut jamais l'application des dispositions générales de la directive-cadre du 12 juin 1989. Cette directive-cadre sait se montrer précise lorsqu'elle l'estime nécessaire : consultation sur les nouvelles technologies, coopération en cas de présence de plusieurs entreprises en un même lieu, information directe en cas de danger grave ou imminent. La frontière entre risques généraux et spéciaux est donc perméable¹⁹⁶. Les accords-cadres européens ne sont que des applications particulières de la directive du 12 juin 1989. Leur plus-value est relativement mince tant en termes de contenu que de méthode. Ces accords ont surtout « *permis aux entreprises de sortir du déni* » mais ils ont « *seulement retranscrit les principes généraux prévus par la directive-cadre du 12 juin 1989* »¹⁹⁷. Cette perméabilité laisse entrevoir le chemin que pourrait emprunter demain le législateur européen : une directive de « codification » abrogeant nombre des directives particulières en matière de santé afin de créer la grande directive-cadre sur la santé au travail du XXI^e siècle.

¹⁹⁶ Perméabilité déjà remarquée de façon plus (accord-cadre sur le stress) ou moins (accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail) importante avec la directive-cadre du 12 juin 1989. Voir B. LEGROS, *Risques psychosociaux et dialogue social européen : l'utilisation de l'accord-cadre autonome*, JCP S n°25, 16 juin 2009, 1264.

¹⁹⁷ *Bref aperçu de la réglementation du stress dans l'Union européenne*, SSL 2010, 1437.

148. CONCLUSION DU CHAPITRE 1. – En matière de santé et de sécurité au travail, le dialogue social dans l'entreprise est utilisé par le droit européen comme un moyen de contrôle et de sécurisation des relations de travail. En effet, « *l'action publique est érodée par le droit de propriété* »¹⁹⁸ ; l'appréhension de l'entreprise par l'Etat est complexe. Les travailleurs se situent par hypothèse dans une situation de vulnérabilité. Ainsi, en matière de santé, le dialogue social permet d'assurer un certain contrôle à défaut d'un contrôle certain. Axer la prévention sur « *le milieu de travail et non plus sur l'individu* »¹⁹⁹ constitue le grand mérite du dialogue social dans l'entreprise et de la directive du 12 juin 1989 qui fut sans nul doute « *l'élément déclencheur* » de ce changement de paradigme²⁰⁰. De manière plus globale, cela signifie d'abord que le droit de la santé au travail se meut des relations individuelles vers les relations collectives de travail, y trouvant une plus grande efficacité. Cela signifie ensuite que le droit de la santé au travail se mue un « *un droit du bien-être en entreprise* »²⁰¹ dans lequel les représentants des travailleurs auront un rôle encore plus fondamental à jouer.

149. Ce pas franchi, une autre frontière n'est peut-être plus si évidente que l'on pourrait le croire. Il s'agit, en matière de dialogue social d'entreprise, de la frontière entre le droit européen de la santé au travail et le droit européen du travail. Tel que cela a déjà été suggéré plus tôt, le dialogue social d'entreprise pourrait gagner à s'unifier. Ainsi, il n'est pas non plus exclu que les dispositions relatives au dialogue social prévues en matière de santé et de sécurité finissent par se fondre dans une directive plus globale relative au dialogue social dans l'entreprise.

150. Néanmoins, plusieurs éléments incitent à jeter un regard plus pessimiste sur l'avenir. L'Europe sociale semble, depuis la crise financière de 2008, perdue, désœuvrée, exténuée. Des frictions du passé resurgissent²⁰². Si le salut viendra, au moins en partie, du dialogue

¹⁹⁸ F. AKININ et A-F. JOVER, *La « sanitarisaton » de l'entreprise : l'exemple des substances psychotropes* », JCP S n°37, 9 septembre 2014, 1338.

¹⁹⁹ *Idid*, JCP S n°37, 9 septembre 2014, 1338.

²⁰⁰ J-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, éd. Bruyant 2011, n°584 : « *La directive 89/391 intègre la vision entrepreneuriale de la gestion de la santé* ».

²⁰¹ P-Y. VERKINDT, *La santé au travail, quelques repères pour un droit en mouvement*, D. ouvrier 2003, p. 82.

²⁰² Depuis 2004, aucune proposition de directive dans le domaine de la santé au travail n'a abouti, exception faite de celle sur les champs électromagnétiques. De même, la Commission a refusé de mettre en œuvre par voie de directive l'accord-cadre européen d'avril 2012 portant sur les allergies, les problèmes de peau et les troubles musculo-squelettiques dans le secteur de la coiffure. Voir S. LAULOM, *Contexte et apports de la directive cadre du 12 juin 1989*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

social pratiqué par les partenaires sociaux européens ou les instances de représentation de personnel, l'Union européenne ne doit pas renoncer à l'examen continu de ses normes, nécessaire à la sauvegarde de l'avant-gardisme qui a toujours caractérisé sa législation. Un programme REFIT²⁰³ est en cours. Il s'agit pour la Commission d'identifier les dispositions européennes dont l'intérêt est devenu limité, celles qui sont contradictoires, incohérentes ou encore lacunaires afin de proposer un renouvellement. La directive-cadre du 12 juin 1989 n'échappera pas à cette évaluation.

151. Le droit européen protège ainsi les conditions de travail du travailleur. S'il protège le travailleur dans son travail, il s'attache aussi à la préservation de son emploi.

²⁰³ Initial Results of the Mapping of the Acquis, COM (2013) 685 final, 2/10/2013, Regulatory Fitness and Performance: results and next steps cité par S. LAULOM, *Contexte et apports de la directive cadre du 12 juin 1989*, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655

Chapitre 2 : Le dialogue social au service de la protection de l'emploi du travailleur

152. Adaptation constante. – Des menaces pèsent constamment sur les entreprises. L'environnement concurrentiel n'existe qu'à ce prix. Des entreprises disparaissent, d'autres apparaissent²⁰⁴. Le phénomène est constant et se réalise désormais dans un contexte mondial, décuplant ses effets tant bénéfiques que néfastes. Les travailleurs peuvent alors se trouver dans une situation délicate, toujours plus chahutés et sur des territoires toujours plus vastes. En effet, l'adaptation constante qui dirige l'action de l'entreprise pour sa survie peut se traduire par des suppressions d'emplois.

153. Protection de l'emploi. – Il faut protéger les travailleurs des mouvements perpétuels de l'économie, sans pour autant empêcher qu'ils s'exécutent. A ce propos, il convient tout d'abord de noter l'émergence d'une politique européenne de protection de l'emploi²⁰⁵. Le droit européen « classique » envisage traditionnellement la rupture et l'éviction de la rupture de la relation de travail, autrement dit le licenciement et le transfert. Un dialogue social avec les représentants du personnel est institué dans ces deux cas afin de protéger l'emploi des travailleurs. L'existence de traits communs au transfert et au licenciement économique, envisagés sous le vocable commun de « restructuration » ne doit pas cacher leurs dissemblances qui justifient un examen séparé. En effet, l'intensité du dialogue social est variable selon qu'une sauvegarde des emplois est possible ou non. Un premier dialogue social est mis en place lorsque des mouvements économiques traduits par des opérations juridiques menacent de déplacer l'emploi (**Section 1**) ; un second dialogue social plus vigoureux existe lorsque des difficultés économiques de détruire l'emploi (**Section 2**).

²⁰⁴ J. A. SCHUMPETER, *Théorie de l'évolution économique*, 2^{ème} éd. 1926 expliquait parfaitement ce phénomène par les concepts de « création destructrice » et d'« entrepreneur innovateur ».

²⁰⁵ Le Professeur Lhernould relève notamment l'agenda social de la Commission européenne 2005-2010 intitulé « *Restructurations et emploi – anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi : le rôle de l'Union européenne* » mais aussi la mise en place de moyens de financement tels que « *des fonds d'ajustement* » et des aides financières pour les salariés « *victimes de restructurations de grande ampleur* ». V. J-P. LHERNOULD, *Le droit européen des restructurations, un droit en zig-zag ? A propos de deux arrêts de la Cour de cassation, 23 septembre 2008 Flodor et Banca Nazionale Del Lavoro*, D. social 2008, p. 1265.

Section 1 : L'emploi menacé par une opération juridique

154. Réalisation précoce. – Une première directive fut adoptée le 14 février 1977²⁰⁶, modifiée par la directive du 29 juillet 1998²⁰⁷. Historiquement, le premier de ces textes s'inscrit donc dans la décennie qui a vu s'essouffler le dynamisme économique d'après-guerre²⁰⁸.

155. Objectif. – Une directive de codification est intervenue. Il s'agit de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 qui a abrogé les deux précédentes et clarifié l'ensemble du dispositif. Toutefois, « *l'impératif fixé en 1977 est évidemment inchangé* »²⁰⁹, la directive « *a pour objet de protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* »²¹⁰.

156. Dialogue social au service de l'objectif. – Le dialogue social et plus généralement les représentants du personnel sont mis à contribution de cette protection de l'emploi. Le cœur du dialogue social d'entreprise relatif aux transferts réside dans le Chapitre III de la directive qui ne comprend qu'un seul article²¹¹ et qui s'intitule sobrement « *Information et consultation* ». Comme à l'accoutumée, le critère de déclenchement de ce dialogue tient au domaine de la directive elle-même. Il faut que se produise un « *un transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements* »²¹² au sens de la directive et de l'interprétation qui en est faite par la Cour de Justice de l'Union européenne. Il faudra

²⁰⁶ Dir. n°77/187/CE du 14 février 1977.

²⁰⁷ Dir. n°98/50/CE du 29 juillet 1998.

²⁰⁸ Il en va au demeurant de même pour la directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs dont la première mouture date du 17 février 1975.

²⁰⁹ A. MAZEAUD, Rép. de droit du travail Dalloz : *Transferts d'entreprise (aspects individuels)*.

²¹⁰ S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 423. L'objectif de protection de l'emploi est latent lorsqu'il est affirmé que « *le transfert ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement* » même s'il convient de nuancer le propos car des licenciements économiques peuvent intervenir sous certaines conditions ; Dir. n°2001/23/CE du 12 mars 2001, art. 4§1 ; V. aussi sur ce point : *Ibid*, pp. 439-440.

²¹¹ Dir. n°2001/23/CE du 12 mars 2001, art. 7.

²¹² La directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concerne « *le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements* ».

envisager le champ d'application du dialogue social (**Sous-section 1**) avant d'étudier son contenu (**Sous-section 2**).

Sous-Section 1 : Le champ d'application du dialogue

157. Matériel, personnel. – Le législateur européen fait preuve de constance dans sa méthode : le champ d'application de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 est circonscrit matériellement (**§1**) et personnellement (**§2**).

§1. Champ d'application matériel

158. Limites. – Le champ d'application matériel du dialogue social est limité par le champ d'application de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 lui-même (I). En outre, une limite facultative propre aux dispositions concernant ce dialogue existe également (II).

I. Les limites matérielles impératives tenant à la définition du transfert

159. Pour simplifier le propos, seront distinguées les limites tenant à la définition du transfert (A) et celles tenant à la situation de l'entreprise (B).

A) La définition du transfert²¹³

160. Une entité économique qui conserve son identité. – La directive dispose qu'« *est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité* »²¹⁴. L'entité transférée doit être comprise comme « *un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire* »²¹⁵. L'ensemble organisé suppose le transfert d'une « *organisation, quand bien même celle-ci serait minimale* »²¹⁶ pour que la directive s'applique²¹⁷.

²¹³ Pour une étude complète v. P. MORVAN, Transfert d'entreprise, domaine, J-Cl : 19-50.

²¹⁴ Dir. n°2001/23/CE du 12 mars 2001, art. 1§1 b) codifiant l'arrêt CJCE, *Spijkers* du 18 mars 1986, aff. C-24/85 : « *le critère décisif est (...) de savoir si l'entité économique transférée garde son identité* ».

²¹⁵ Dir. n°2001/23/CE, art. 1§1 b).

²¹⁶ P. RODIERE, Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs, J-Cl : 611.

²¹⁷ La Cour de justice a pu préciser qu'« *une entité ne saurait être réduite à une activité* », CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Süzen* : Dr. soc. 1997, p. 728, obs. P.-H. Antonmattéi.

161. Caractère conventionnel ? – Le transfert se doit d’avoir un caractère conventionnel ou de résulter d’une fusion²¹⁸. La vision de la Cour de justice est en vérité beaucoup plus extensive. Elle considère la directive « *applicable dans toutes les hypothèses de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne responsable de l’exploitation de l’entreprise* »²¹⁹.

162. Le caractère conventionnel de la cession peut cependant s’avérer compliqué à établir dans tous les cas de transfert indirect, notamment lorsque le transfert ne porte pas sur la propriété de l’entreprise. Il s’agit par exemple du cas où deux gérants se succèdent sur un même fonds d’exploitation. Aucun lien contractuel ne les unit. Il se produit d’abord une rupture contractuelle entre le propriétaire du fonds et le premier gérant ; un nouveau contrat est ensuite conclu entre le propriétaire et le second gérant. Malgré l’absence d’une condition prévue par le texte même de la directive, la Cour de justice applique la directive du 12 mars 2001 à de pareilles situations²²⁰. Il s’agissait pour la Cour de justice de donner de la notion de transfert « *une interprétation suffisamment souple pour répondre à l’objectif de la directive* »²²¹. Elle sera suivie par l’Assemblée plénière de la Cour de cassation française qui, ne s’évertuant pas à rechercher vainement un lien conventionnel, préférera affirmer, de façon péremptoire et en tout état de cause avec une liberté extraordinaire par rapport à la lettre de la directive²²², que celle-ci s’applique « *même en l’absence d’un lien de droit entre les employeurs successifs* »²²³.

²¹⁸ Dir. n°2001/23/CE, art. 1§1 a).

²¹⁹ CJCE, 15 juin 1988, *Bork International*, aff. C-101/87.

²²⁰ CJCE, 10 févr. 1988, aff. C-324/86, *Tellerup, dit « Daddy's Dance Hall »* : Dr. soc. 1988, p. 455, concl. Darmon, obs. G. Couturier ; RTDE 1988, p. 709, note P. Rodière.

²²¹. Selon le Professeur Morvan, le sens donné par la Cour de justice au lien conventionnel résulte en partie d’une « *divergence linguistique entre les versions française et anglaise de l’article 1§1 de la directive du 14 février 1977* », visant respectivement une « *cession conventionnelle* » et un « *legal transfert* ». Cette dernière expression peut effectivement se traduire en français par « *lien de droit* » sans que cela fasse forcément référence à un lien contractuel. P. MORVAN, *Transfert d’entreprise, domaine*, J-CI : 19-50.

²²² Il est pertinent de relever et d’insister sur l’audace occasionnelle de la Cour de cassation afin de le garder à l’esprit lorsque ses arrêts demeurent pusillanimes.

²²³ *Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : D. 1990, p. 305, note A. Lyon-Caen ; JCP E 1990, II, 15825, obs. J. Déprez.* La CJCE a précisé par la suite que la directive était applicable « *dans toutes les hypothèses de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable de l’exploitation de l’entreprise, qui contracte les obligations d’employeur vis-à-vis des employés de l’entreprise. Ainsi, il n’est pas nécessaire qu’il existe des relations contractuelles directes entre le cédant et le cessionnaire, la cession pouvant aussi s’effectuer en deux étapes par l’intermédiaire d’un tiers, comme le propriétaire ou le bailleur* » (CJCE, 11

B) La situation de l'entreprise

163. La situation statutaire. – La directive est applicable à toutes les entreprises. Peu importe qu'elles relèvent du secteur public ou privé et peu importe qu'elles aient un but lucratif ou non dès lors qu'elles exercent une activité économique. Seuls les transferts entre autorités publiques ou les réorganisations administratives au sein de ces dernières échappent à la directive du 12 mars 2001²²⁴. Cette dernière exception est la seule à demeurer « *indubitable* »²²⁵, la Cour de justice profitant de chaque détail²²⁶ pour étendre l'application de la directive et donc préserver l'emploi des travailleurs²²⁷.

164. La situation géographique. – Il faut que l'entreprise ou l'établissement se trouve dans « *le champ d'application territorial du traité* »²²⁸. « *Seule compte la localisation de l'entité transférée à l'intérieur de l'Union européenne* »²²⁹, cette disposition allant de pair avec l'absence d'exonération possible de la filiale du fait de sa mère²³⁰ et la volonté du droit européen d'appréhender l'entreprise transnationale²³¹.

mars 1997, *Süzen*, aff. C 13/95, point 12). Il faudrait donc caractériser malgré tout un lien de droit, fut-il indirect. La formule de la Cour de cassation semble cependant plus exacte. En effet, il s'agit certes de caractériser un lien de droit entre le propriétaire du fonds et les deux gérants successifs, cela ne crée pas pour autant de lien contractuel entre les deux gérants.

²²⁴ Dir. n°2001/23/CE, art. 1§1 c).

²²⁵ P. MORVAN, Transfert d'entreprise, domaine, J-Cl : 19-50.

²²⁶ Ainsi, dès lors que le cédant était une personne privée, peu importait que l'activité fût transférée à une autorité publique relevant du droit administratif, la directive était applicable : CJCE, 26 sept. 2000, aff. C 175/99 : Rec. CJCE 2000, p. 7755 ; RJS 2001, n° 138.

²²⁷ CJUE, 26 nov. 2015, aff. C-509/14, ADIF, note. L. DRIGUEZ, *Europe n°1, Janvier 2016, comm. 18* : arrêt dans lequel une entreprise publique espagnole qui avait externalisé un service de manutention auprès d'une société tierce choisissait finalement de le réintégrer pour l'exploiter elle-même ; la controverse s'étant cristallisée autour de l'absence de transfert de propriété des éléments corporels, nul débat n'eut lieu autour de la nature publique de l'entreprise espagnole dont l'indifférence semble définitivement acquise en matière de transfert.

²²⁸ Dir. n°2001/23/CE, art. 1§ 2.

²²⁹ P. RODIERE, Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs, J-Cl : 611.

²³⁰ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§4 al. 2, V. *infra* sur le champ d'application personnel.

²³¹ « *L'entreprise transnationale souhaite échapper aux ordres juridiques nationaux ; ceux-ci ne correspondent pas à la vision globale de son activité* », N. ANCIAUX, *Les instances mondiales de représentation du personnel* : Mémoire Dactyl. Paris II, 2014, p. 136.

165. La situation financière. – La directive du 12 mars 2001 dispose que « *sauf si les Etats membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s’appliquent pas* » aux transferts opérés « *en vue de la liquidation des biens du cédant (...) sous le contrôle d’une autorité publique compétente* »²³². Or, les articles 3 et 4 de la directive 2001/23/CE sont ceux relatifs au maintien des droits des travailleurs après le transfert. La situation financière est donc tout aussi indifférente pour l’application du dialogue social afférant à la directive du 12 mars 2001.

166. Le champ impératif d’application de la directive du 12 mars 2001 laisse cependant une place à une limite matérielle facultative propre au dialogue social que les Etats ont pu choisir d’instaurer.

II. La limite matérielle facultative tenant à l’article sur l’information et la consultation

167. Limite facultative. – La directive du 12 mars 2001 prévoit la possibilité pour les Etats membres de limiter les obligations des entreprises aux cas où « *le transfert réalisé provoque une modification au niveau de l’établissement susceptible d’entraîner des désavantages substantiels pour une partie importante des travailleurs* »²³³. Cependant, un socle minimal est imposé en toute situation. Il s’agit de l’information et de la consultation portant sur « *les mesures envisagées à l’égard des travailleurs* » et qui doivent par ailleurs être réalisées « *en temps utile* »²³⁴.

168. Conditions de la limite. – Cet amoindrissement du dialogue social n’est possible que si les représentants des travailleurs peuvent avoir recours à « *une instance d’arbitrage pour obtenir une décision sur les mesures à prendre* ». Une telle instance n’existe en réalité que dans très peu d’Etats. L’Allemagne peut être citée en exemple²³⁵.

169. Enfin, ce mécanisme ne peut jouer que si les désavantages du transfert qui en résultent pour « *une partie importante des travailleurs* » ne sont pas « *substantiels* ». *A contrario*, si des désavantages substantiels sont présents, la présence d’une instance d’arbitrage ne justifiera pas la limitation du dialogue social aux mesures envisagées à l’égard des

²³² Dir. n°2001/23/CE, art. 5§1.

²³³ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§3 al. 1.

²³⁴ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§3 al. 2 et 3.

²³⁵ P. RODIERE, Union européenne - représentation du personnel dans l’entreprise - information, consultation et participation des travailleurs, J-Cl : 611.

travailleurs. La directive s'abstient de préciser ce qu'elle entend par « *désavantages substantiels* » et par « *partie importante* ». Cela pourrait signifier qu'elle laisse toute liberté aux Etats pour imposer leur conception de ces notions. Il est même fort probable que certains Etats membres eux-mêmes aient insisté pour que cette exception soit ajoutée. Toutefois, l'insécurité juridique résultant de cette liberté et l'appréciation restrictive qu'en fera la Cour de justice rendent malaisée l'application de cette disposition.

170. L'étude du champ d'application personnel du dialogue social offre également des précisions importantes quant à sa définition.

§2 Champ d'application personnel

171. Dyptique traditionnel. – Les acteurs du dialogue dans une entreprise ne changent pas. Le transfert apporte tout de même une particularité : la présence d'une pluralité d'employeurs (I). Viennent ensuite plus classiquement les travailleurs et leurs représentants (II).

I. Les employeurs

172. Cédant et cessionnaire. – L'un perd, l'autre récupère la qualité d'employeur. Cédant et cessionnaire sont envisagés côte à côte dans nombre des dispositions de la directive du 12 mars 2001. Les deux notions sont d'ailleurs expressément définies par la perte et l'acquisition respective de la qualité d'employeur par le texte²³⁶. Contrairement à la directive du 12 juin 1989 concernant la santé et la sécurité des travailleurs, la notion d'employeur n'est pas définie. En effet, l'attention se porte naturellement sur l'opération de restructuration qui transcende et dépasse les personnes. De façon pratique, si la directive du 12 mars 2001 trouve à s'appliquer car un transfert est en cause, un cessionnaire sera forcément impliqué. La question de l'identification de l'employeur se résume à celle de l'application matérielle de la directive, elle est donc moins primordiale qu'ailleurs. En revanche, le lieu de la prise de décision mérite des observations plus nourries.

²³⁶ Dir. n°2001/23/CE, art. 2§1 a) : « *cédant : toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement* » ; b) : « *cessionnaire : toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1er, paragraphe 1, acquiert la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement* ».

173. Telle mère, telle fille (oui). – Les obligations instituées s'imposent « *indépendamment du fait que la décision concernant le transfert émane de l'employeur ou d'une entreprise qui le contrôle* »²³⁷. L'origine de la décision de transfert est indifférente dès lors que transfert il y a. La directive permet d'atteindre les groupes multinationaux de sociétés « *y compris lorsque le centre de direction du groupe se situe hors du territoire de l'Union européenne* »²³⁸. Loin d'être un droit abstrait, le droit européen manifeste en pareil cas son réalisme et son pragmatisme. La présence physique sur son territoire de l'entité à transférer lui suffit à déployer toute sa puissance normative.

174. Telle fille, telle mère (non). – L'indifférence entre la filiale et l'entreprise qui la contrôle est cependant asymétrique et se limite à l'origine de la décision de transfert. En effet, l'employeur dirigeant d'une filiale qui ne respecte pas les obligations d'information et de consultation issues de la directive en alléguant que « *l'entreprise qui [le] contrôle n'a pas fourni l'information ne saurait être pris en compte pour justifier une telle infraction* »²³⁹. L'obligation au dialogue est *personnelle* à l'employeur des travailleurs concernés. La situation peut sembler particulièrement injuste dans la mesure où la société mère a pu s'abstenir de fournir certaines informations qu'elle estime stratégiques et la filiale, de bonne foi, ne pourra pas informer pleinement les représentants des travailleurs²⁴⁰. En revanche, ces derniers pourront, tel que le prévoit la directive, « *faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle* »²⁴¹ à l'encontre, non pas de la mère mais de leur employeur, personnellement tenu aux obligations d'information et de consultation, qu'il s'agisse du cédant ou du cessionnaire.

175. De plus, si, en cas du licenciement collectif pour motif économique, les licenciements sont suspendus tant que l'information et la consultation n'ont pas été menées à bien²⁴², tel

²³⁷ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§4 al. 1.

²³⁸ P. RODIERE, Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs, J-Cl : 611.

²³⁹ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§4 al. 2.

²⁴⁰ La solution s'impose néanmoins, se serait-ce que par orthodoxie juridique. Sauf situation de coemploi, la société mère n'est pas l'employeur des travailleurs employés par ses filles. Pour preuve de cette stricte distinction, la Cour de justice n'a pas hésité à appliquer la directive du 12 mars 2001 à une dissolution d'une filiale par la société mère afin de reprendre son activité, CJUE, *Ferreira da Silva e Brito c/ Portugal*, 9 septembre 2015, C-160/14, note JCP S n°47, 17 novembre 2015, 1422.

²⁴¹ Dir. n°2001/23/CE, art. 9.

²⁴² Cf. *infra*. Section 2 : *L'emploi menacé par des difficultés économiques*.

n'est pas le cas dans la directive du 12 mars 2001. La réalisation du transfert n'est pas suspendue²⁴³. L'attitude dilettante de l'entreprise qui contrôle la filiale ne pourra qu'être attaquée *a posteriori* par le biais d'une action en responsabilité civile délictuelle de droit commun.

176. Face au cédant et au cessionnaire se trouvent, distinctement, les travailleurs et leurs représentants.

II. Les travailleurs et leurs représentants

177. Représentants, travailleurs. – Si, en matière de santé et de sécurité, les dispositions relatives aux représentants des travailleurs manquaient de clarté, cet écueil est moins présent en matière de transfert. Une plus grande cohérence est assurée, distinguant nettement le rôle des représentants des travailleurs (A) des travailleurs eux-mêmes (B), les droits de ces derniers étant subsidiaires à l'absence des premiers.

A) Représentants des travailleurs

178. Définitions nationales. – La directive renvoie d'abord aux « *représentants des travailleurs prévus par la législation ou la pratique des Etats membres* »²⁴⁴. La définition adoptée par le législateur européen paraît modeste – voire inexistante – en comparaison à d'autres directives bien plus prolixes sur la question. Néanmoins, les représentants des travailleurs servent par la suite à dessiner les contours du dialogue social.

179. Limitation à la présence d'une instance collégiale. – L'article 7 de la directive permet aux Etats membres de limiter le dialogue social aux entreprises ou aux établissements dans lesquels existe, ou aurait dû exister du fait de la réalisation des conditions d'effectif, une instance collégiale de représentation du personnel, peu important par ailleurs que l'instance

²⁴³ On ne peut pas reporter la date du transfert : cela se déduit du caractère impératif de la directive du 12 mars 2001 dont l'application n'est subordonnée ni à l'accord du cédant ou du cessionnaire, ni à l'accord des représentants du personnel. En effet, suspendre le transfert serait en réalité une double sanction pour les travailleurs qui verraient retardée la reprise de leurs contrats de travail. La Cour de justice en a décidé ainsi tout en affirmant avec force la finalité protectrice de la directive (CJCE 26 mai 2005, *Celtec*, aff. C-478/03).

²⁴⁴ Dir. n°2001/23/CE, art. 2§1 c).

soit élue ou désignée²⁴⁵. L'instance collégiale de représentation du personnel n'est pourtant pas définie. A la lumière de la définition des représentants des travailleurs donnée par l'article 2 de la directive ou plutôt de l'absence de définition, il convient d'orienter le choix vers une acception nationale de l'instance collégiale.

180. L'instance collégiale France. – Ainsi, en France, il existe des délégués du personnel institués à partir d'un effectif d'au moins onze salariés²⁴⁶ et un comité d'entreprise institué à partir d'un effectif d'au moins cinquante salariés²⁴⁷. Si le caractère collégial des délégués du personnel était admis, le France ne pourrait utiliser la limite au dialogue prévue dans la directive du 12 mars 2001 qu'en deçà de onze salariés. L'enjeu est considérable. La Cour de cassation française a pu préciser que les délégués du personnel, même s'ils étaient reçus collectivement par l'employeur lors d'une réunion mensuelle obligatoire, exerçaient leurs autres attributions individuellement²⁴⁸.

181. L'information et la consultation relatives au transfert sont en effet l'apanage du comité d'entreprise, ce dernier étant : « *informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce* »²⁴⁹. En France, aucune obligation au dialogue social n'est donc prévue en cas de transfert d'une entreprise ou d'un établissement de moins de cinquante salariés. Ainsi que l'a justement souligné la Commission européenne dans un rapport de 1994, le seuil d'effectif élevé peut mettre en danger l'effet utile de la directive²⁵⁰.

182. La retenue du législateur européen peut en partie s'expliquer par le fait que l'exonération des obligations d'information et de consultation en l'absence d'instance collégiale de représentation ne vaut que pour les trois premiers paragraphes de l'article 7 de la directive du

²⁴⁵ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§5.

²⁴⁶ C. trav., art. L.2312-1.

²⁴⁷ C. trav., art. L.2322-1.

²⁴⁸ Pour illustration V. Cass. soc. 29 avril 2003, n° de pourvoi 00-46477.

²⁴⁹ C. trav., art. L.2323-33 al. 1.

²⁵⁰ Com. (94) 300 final du 8 septembre 1994, point 41.

12 mars 2001. Ainsi, rien²⁵¹ ne peut exonérer de l'information individuelle des travailleurs prévue par le même article et dont le contenu est identique.

B) Travailleurs

183. En la matière, la directive avait une ambition (1) que les mauvaises transpositions par les Etats membres ont malheureusement brisée (2).

1) *L'ambition de la directive*

184. L'ambition de l'information directe. – En cas d'absence « *de représentants des travailleurs pour des motifs indépendants de leur volonté* », les créanciers des informations à recevoir préalablement au transfert ne sont autres que « *les travailleurs concernés* »²⁵². En résumé, l'information directe des travailleurs est imposée par la directive si des représentants des travailleurs auraient dû être présents dans l'entreprise ou l'établissement mais qu'ils ne le sont pas pour des motifs imputables à l'employeur. Ainsi, la carence de candidats à une élection ou l'absence de désignation de l'instance représentative du personnel – alors que celle-ci était de droit – ne créent pas d'obligations à la charge de l'employeur.

185. « *Travailleurs concernés* ». – L'information et la consultation sont en principe des droits collectifs. L'information directe et personnelle des travailleurs traduit souvent un danger ou une nécessité impérieuse que l'information parvienne au travailleur²⁵³. En conséquence, les cas où cette information directe est nécessaire doivent s'entendre strictement en ce qu'elle demeure exceptionnelle. La référence aux « *travailleurs concernés* » devrait obéir à cette logique et l'information être réservée aux travailleurs concernés en premier lieu par le transfert, c'est-à-dire ceux qui sont physiquement concernés. La tentation de réduire les travailleurs concernés aux travailleurs transférés est forte. Néanmoins, l'article 7 de la directive dispose en premier lieu que « *le cédant et le cessionnaire sont tenus d'informer les représentants de leurs travailleurs respectifs concernés par le transfert* »²⁵⁴. Cette double

²⁵¹ sous réserve évidente de sa transposition par les Etats membres dont la carence peut être sanctionnée par l'engagement de leur responsabilité pour faute.

²⁵² Dir. n°2001/23/CE, art. 7§6.

²⁵³ V. supra les développements sur l'information directe des travailleurs concernant les dangers graves et imminents en matière de santé et de sécurité au travail.

²⁵⁴ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§1 al. 1.

information des représentants des travailleurs du cédant et du cessionnaire n'étant pas expressément écartée par l'information directe subsidiairement prévue pour les travailleurs, il convient de considérer que tous les travailleurs touchés par le transfert – appartenant au cédant comme au cessionnaire – bénéficient de ce droit. Au demeurant, cette solution semble appropriée chaque fois que les travailleurs du cessionnaire subissent une modification de leurs conditions de travail liée au transfert. Il peut notamment s'agir d'un changement d'organisation matérielle ou spatiale telle que le changement de bureaux ou encore de l'adoption d'une nouvelle méthode de travail.

186. La volonté de protéger l'emploi du travailleur passe par son information directe à défaut de représentants du personnel, telle était l'ambition du législateur européen, ambition que les transpositions des Etats membres ont largement brisée.

2) *Les mauvaises transpositions*

187. Textes et juges. – Les mauvaises transpositions résultent mécaniquement des Etats membres (a) mais les juges nationaux ne sont pas exempts de critiques à ce sujet (b).

a) *Les mauvaises transpositions adoptées par les législateurs nationaux*

188. Absence d'information directe : France, Espagne. – La disposition prévoyant l'information directe des travailleurs concernés en cas d'absence de représentants du personnel n'a malheureusement pas été transposée par le droit français²⁵⁵. Cependant, la France n'est pas le seul Etat à éviter l'information directe des travailleurs. D'autres Etats ne sont pas en reste.

189. L'Espagne se trouve dans une situation similaire à la France : « *la législation espagnole est (...) conforme à la directive pour ce qui concerne l'obligation d'information des représentants légaux des travailleurs concernés par la cession d'entreprise* »²⁵⁶ mais elle ne connaît pas l'information directe des travailleurs. Les représentants de *tous* les travailleurs concernés sont, à tout le moins, informés, ce qui n'est pas le cas dans tous les Etats.

²⁵⁵ L. RAIMBERT, D. STAS DE RICHELLE, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique en France et en Belgique*, Les Cahiers du DRH, 2004, 99.

²⁵⁶ F. SIERRA GONZALES, A-M. ZARA, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique en Espagne et en Italie*, Les Cahiers du DRH, 2004, 101.

190. Cibles erronées : Royaume-Uni, Italie. – Le Royaume-Uni s’est lui aussi abstenu de transposer dans son droit l’information directe des travailleurs par le cédant et le cessionnaire. Seuls les représentants des travailleurs appartenant à « *l’entreprise dont les salariés sont transférés* » bénéficient du droit à l’information²⁵⁷ de sorte que non seulement l’information directe des travailleurs est absente du droit britannique mais qu’en réalité seuls les représentants des travailleurs du *cédant* sont titulaires du droit à l’information, les travailleurs du cessionnaire étant, pour leur part, complètement délaissés.

191. L’Italie hérite de la palme d’or de la plus mauvaise transposition, manifestant de cette façon sa culture sociale tournée vers une représentation des travailleurs externe à l’entreprise. Lorsque le droit européen dispose : « *le cédant est tenu de communiquer [l]es informations aux représentants des travailleurs en temps utile avant la réalisation du transfert* »²⁵⁸, l’Etat italien transpose une obligation d’informer les syndicats respectifs du cédant et du cessionnaire dans les sociétés employant plus de quinze salariés. La doctrine italienne enjoint « *au cédant d’informer les salariés concernés du transfert d’activité* »²⁵⁹.

192. Information directe subsidiaire : Belgique et Pays-Bas. – Les « bons élèves » sont rares. On ne peut que guère trouver que la Belgique, les Pays-Bas ou l’Allemagne parmi les Etats ayant transposé l’information directe. Ainsi, en Belgique, elle est « *obligatoire pour chaque salarié individuellement à défaut de conseil d’entreprise ou de délégation syndicale* »²⁶⁰. Aux Pays-Bas, il n’a été question que d’une adaptation de la loi existante. L’information des représentants existait déjà. L’information directe des travailleurs en l’absence de comité d’entreprise ou de représentation du personnel fut transposée en 2002²⁶¹.

193. Information directe principale : Allemagne. – Elle est tout aussi obligatoire en Allemagne à la différence près qu’elle n’est pas conçue comme subsidiaire. Le droit allemand va donc au-delà des exigences de la directive. En effet, la doctrine civiliste allemande exerce

²⁵⁷ M. LAST, M. BERENSCHOT, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d’entreprises : application pratique au Royaume-Uni et aux Pays-Bas*, Les Cahiers du DRH, 2004, 100.

²⁵⁸ Dir. n°2001/23/CE, art. 7§1 al. 6.

²⁵⁹ F. SIERRA GONZALES, A-M. ZARA, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d’entreprises : application pratique en Espagne et en Italie*, Les Cahiers du DRH, 2004, 101.

²⁶⁰ C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d’entreprise : synthèse*, Les Cahiers du DRH, 2005, 106.

²⁶¹ M. LAST, M. BERENSCHOT, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d’entreprises : application pratique au Royaume-Uni et aux Pays-Bas*, Les Cahiers du DRH, 2004, 100.

une influence forte sur le droit du travail. Ce dernier est d'ailleurs, normes collectives mises à part, codifié au sein du Code civil allemand. L'expression directe de cet ordonnancement juridique s'est notamment manifestée par l'émotion intense que le transfert automatique et immédiat des contrats de travail a provoquée au sein de la doctrine allemande quant à l'effet relatif des contrats, selon elle, bafoué. Ainsi, l'information directe des travailleurs est liée au droit d'opposition qui leur est accordée²⁶². L'information directe délivrée oralement est insuffisante, il est nécessaire d'informer tous les salariés concernés par le transfert par écrit et impérativement avant la réalisation du transfert, « *quelle que soit la taille de la société et nonobstant l'existence d'une obligation d'information du comité d'entreprise* »²⁶³.

b) *Les mauvaises transpositions entérinées par les juges nationaux*

194. Des tentatives avortées. – Dans les deux affaires françaises relatives à l'information directe des travailleurs qui firent couler beaucoup d'encre, tant la Cour d'appel de Paris en 2008²⁶⁴ que celle de Bordeaux trois ans plus tard²⁶⁵ avaient décidé que l'information directe était applicable en vertu de l'art. L1224-1 du Code du travail interprété à la lumière de la directive du 12 mars 2001 et avaient condamné l'employeur « *malgré le silence entier de texte français sur cette question particulière* »²⁶⁶. Le juge national constitue en effet « *le juge européen de droit commun* » et il est exhorté par la Cour de Luxembourg à user de son pouvoir pour permettre au droit européen de déployer tout son effet utile²⁶⁷. Si les juges du

²⁶² Art. 613a §5 et §6 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) ; une partie de la doctrine française abonde en ce sens, V. P. RODIERE, *Pour un droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail*, RTD 2007, p. 219 ou encore A. SUPIOT, *Les salariés ne sont pas à vendre*, *Dr. soc.* 2006, p. 264.

²⁶³ A. HOFFMANN, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d'entreprise : application pratique en Allemagne*, Les Cahiers du DRH, 2004, 104.

²⁶⁴ Paris, 20 mai 2008, n°06/11603, *Open Cascade* : « *Considérant toutefois que selon ce texte tel qu'interprété à la lumière de la directive CEE no2001 / 23 du 12 mars 2001, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée au 2ème alinéa de l'article L. 122-12 du Code du Travail, lorsque comme en l'espèce il n'y a pas de représentants du personnel dans l'entreprise, les travailleurs concernés par le transfert doivent être informés préalablement [...]; considérant que ce défaut d'information est sans incidence sur le transfert de plein droit du contrat de Monsieur Y, le salarié ne pouvant refuser le transfert, [la demande de réintégration doit donc être rejetée]; considérant toutefois que la non-information du salarié sur les modalités et conséquences du transfert de son contrat est constitutif pour le salarié d'un préjudice qui sera justement réparé par l'allocation de la somme de 10 000 euros* ».

²⁶⁵ Bordeaux, 27 janvier 2011, n°10/00567, *Tsindy*.

²⁶⁶ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-Cl : 611.

²⁶⁷ « *Tout juge national saisi dans le cadre de sa compétence a l'obligation d'appliquer intégralement le droit*

fond semblaient convaincus qu'une interprétation du droit français à la lumière de la directive 2001/23/CE suffisait à imposer l'obligation d'informer directe, telle n'a pas été le cas de la Cour de cassation.

195. La bienveillance du Quai de l'Horloge à l'égard du droit national. – La Cour de cassation relève cette non-transposition en droit interne et affirme qu'en son absence « *la disposition* [de la directive 2001/23/CE] *ne pouvait créer d'obligation à la charge de la société* »²⁶⁸. Le Professeur Morvan souligne avec raison le « *caractère rétrograde de cette décision* »²⁶⁹, pourtant réitérée en 2013²⁷⁰. En effet, si mauvaise transposition il y a, la directive n'en produit pas moins des effets après l'expiration du délai de transposition. D'abord, l'Etat s'expose à une condamnation par la Cour de justice²⁷¹. Ensuite, n'importe quel particulier pourra invoquer les dispositions « *inconditionnelles et suffisamment précises* » de la directive à l'encontre de l'Etat, en ce compris tous ses avatars²⁷², mais pas à l'encontre d'une autre personne privée, la directive n'ayant pas d'effet direct horizontal. Enfin, les juges nationaux doivent interpréter le droit interne « *dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci* »²⁷³. Il s'agit de l'application du « *principe d'interprétation conforme* [qui vient] *compenser en partie l'absence d'effet direct horizontal des directives* »²⁷⁴. Certains auteurs parlent d'un « *effet indirect horizontal* »²⁷⁵. La directive aura un effet entre particuliers si elle parvient à s'agripper à une norme de droit national qui, si elle ne la transpose d'aucune façon,

communautaire et de protéger les droits que celui confère aux individus, en laissant inappliquées toutes dispositions contraires à la législation nationale que celles-ci soient antérieures ou postérieures au droit communautaire » : CJCE, 9 mars 1978, affaire C-106/77, *Simmenthal*, pt. 21 ; ainsi, « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* », *ibid*, pt. 24.

²⁶⁸ Cass. soc., 18 nov. 2009, JCP S 2010, 1047, note P. Morvan ; D. 2010. 1266, note P. Remy et H. Tissandier ; Dr. soc. 2010. 245, obs. A. Mazeaud ; RJS 2010. 91, obs. J-P. Lhernould.

²⁶⁹ P. MORVAN, Transfert d'entreprise. Effets. Relations individuelles, J-CI : 19-52.

²⁷⁰ Cass. soc. 17 déc. 2013, JCP S 2014, 1151, note P. Morvan.

²⁷¹ Art. 258 et 259 du Traité FUE du 13 décembre 2007.

²⁷² Un salarié d'une entreprise publique pourra se prévaloir de ces dispositions à l'encontre de son employeur. CJCE, 26 février 1986, aff. C-152/84, *Marshall* : *Rec. CJCE* 1986, p. 723.

²⁷³ CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, *Marleasing* : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 4135.

²⁷⁴ Cass. soc., 18 nov. 2009, JCP S 2010, 1047, note P. Morvan ; D. 2010. 1266, note P. Remy et H. Tissandier ; Dr. soc. 2010. 245, obs. A. Mazeaud ; RJS 2010. 91, obs. J-P. Lhernould.

²⁷⁵ C. RADÉ, *Conférence d'actualité du 22 janvier 2016*, Paris.

contient en substance des dispositions de même nature que la directive. Partant, « *le principe d'interprétation conforme suppose de découvrir, dans le tréfonds du droit interne, quelque règle donnant matière à interprétation* »²⁷⁶ ; toujours est-il que cette règle n'existe pas. Le juge interne ne pouvait donc ni écarter une norme interne contraire à la directive comme l'y incite l'arrêt « *Simmenthal* », ni tordre une obligation interne pour parvenir aux objectifs de la directive. La Cour de cassation, comme d'ailleurs la Cour de justice²⁷⁷, ont écarté l'idée d'une création *ex-nihilo*²⁷⁸. Elle se contente de dénoncer²⁷⁹ la non-transposition dans le droit interne de cette obligation et encourage le législateur à intervenir²⁸⁰.

196. La critique des juges se doit d'être mesurée car la solution retenue permet, *in fine*, de ne pas porter atteinte à la sécurité juridique des contractants²⁸¹ ; elle ne saurait en effet effacer celle du premier (et unique ?) responsable de la non-transposition.

²⁷⁶ Cass. soc., 18 nov. 2009, JCP S 2010, 1047, note P. Morvan ; D. 2010. 1266, note P. Remy et H. Tissandier ; Dr. soc. 2010. 245, obs. A. Mazeaud ; RJS 2010. 91, obs. J-P. Lhernould.

²⁷⁷ CJUE, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, pts 38 et 39, D. 2014, p. 216 obs. B. Inès.

²⁷⁸ « *Il n'y a que dans les transferts conventionnels, hors du champ légal, qu'une telle information individuelle s'impose* », N. MOIZARD, *Information du salarié lors du transfert d'entreprise*, RDT 2014, p. 182. En effet, lorsque les conditions du transfert ne sont pas réunies, le transfert perd son caractère impératif et trouve son fondement dans une convention ou une application volontaire de la loi, il est alors soumis à l'acceptation expresse par le salarié en ce qu'il constitue une modification du contrat de travail (Cass. soc. 2 avril 1998, n°96-40.383, RJS 5/98 n°572). L'acceptation implique fatalement l'information mais cette dernière ne sert pas le même objectif que dans le cas d'un transfert impératif au sens de la directive dans lequel elle est censée pallier l'absence de représentants du personnel. Dans le cas du transfert conventionnel, il n'est pas question de venir au secours de relations collectives du travail affaiblies mais d'informer, *de facto*, le salarié pour qu'il accepte ou non la modification de son contrat de travail. L'interprétation conforme était donc irréalisable, les dispositions ayant non seulement une nature mais aussi un objectif à la fois dissemblables, incomparables et fortement éloignés.

²⁷⁹ Dans tous ses rapports annuels sans exception depuis 2009 : R. 2009, p. 18 : « *Notre droit interne ne fixe pas d'obligation d'information de la part de l'employeur dans un tel cas de figure. La chambre sociale a jugé en section (...) que les conditions d'une application directe n'étaient pas réunies. La directrice des affaires civiles et du sceau a indiqué que le ministère du travail est conscient de cette lacune qui sera comblée à l'occasion d'une prochaine modification législative du code du travail.* » ; R. 2010, p. 15 ; R. 2011, p. 15 ; R. 2012, p. 38 ; R. 2013, p. 46. ; R. 2014, p. 36. Sept années plus tard, les modifications législatives n'ont pas manqué mais l'obligation n'est toujours pas transposée.

²⁸⁰ Une position plus ambitieuse de la Cour de cassation pourrait aussi intervenir, le Professeur Morvan, entre autres, n'excluant pas qu'elle déduise un jour l'obligation d'information directe de l'art. L1222-1 du Code du travail selon lequel « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* », *Ibid* JCP S 2010, 1047, note P. Morvan.

²⁸¹ P. BAILLY et J-P. LHERNOULD, *Actualité du droit des transferts d'entreprise : conséquences du transfert*, JCP S n°29, 19 juillet 2011, 1345.

197. Dernière déception, la loi ESS. – Outre les lois des 6²⁸² et 17²⁸³ août 2015 portant respectivement sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et sur le dialogue social et l'emploi, la loi de sécurisation de l'emploi du 17 juin 2013²⁸⁴ avait déjà échoué à transposer l'information directe. Cependant, l'échec le plus net vient sans doute de la loi du 31 juillet 2014²⁸⁵ relative à l'économie sociale et solidaire qui, sans transposer l'information directe des travailleurs en cas d'absence de représentants, instaure un autre cas d'information directe en cas de cession d'une entreprise de moins de deux cent cinquante salariés²⁸⁶. Une telle information vise « à *informer les salariés d'une cession future de l'entreprise afin qu'ils puissent, le cas échéant, se porter acquéreurs* » ; or, la directive vise à « *éclairer les travailleurs sur la date d'un transfert (...) déjà acquis et sur les conséquences qu'il est susceptible de produire sur leur contrat de travail* »²⁸⁷. Cette différence de finalité traduisant l'absence de transposition est également corroborée par l'insertion des dispositions de la loi du 31 juillet 2014 dans le Code du commerce et non dans le Code du travail²⁸⁸.

198. Rien n'y fait, le législateur français demeure impassible, la sanction issue d'un hypothétique recours en manquement ne semblant pas suffisante à ses yeux pour qu'il consente à remplir ses obligations. Cela amène à des réflexions bien plus générales concernant l'ordre juridique de l'Union Européenne qui, s'il n'est pas celui d'une organisation internationale, n'est pas plus celui d'un Etat, fût-il fédéral. L'intégration de la norme européenne dans leur droit interne est certes une obligation pour les Etats membres mais sa force contraignante s'effrite dès lors que sa sanction est loin d'être systématique.

199. Nonobstant ces considérations, il ne faut pas pour autant oublier la force pleinement coercitive des dispositions issues des directives européennes transposées comme l'illustre le contenu du dialogue social.

²⁸² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

²⁸³ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

²⁸⁴ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

²⁸⁵ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

²⁸⁶ V. pour les détails : S. VERNAC, *Le droit à l'information préalable des salariés en cas de cession de leur entreprise*, RDT 2015, p. 43.

²⁸⁷ Cass. soc. 17 déc. 2013, JCP S 2014, 1151, note P. Morvan.

²⁸⁸ L. FIN-LANGER, *La loi relative à l'économie sociale et solidaire et le transfert d'entreprise*, Revue des Pro. coll. n°6, novembre 2014, comm. 169.

Sous-section 2 : Le contenu du dialogue

200. Objectif. – L’objectif affiché du dialogue social dans l’entreprise tel qu’il est conçu et envisagé par le droit de l’Union européenne est primordial : « *la protection de l’emploi* »²⁸⁹. Le cadre est jugé « *insuffisant* » mais il contribue malgré tout à la reconnaissance d’un minimum de droits conférés à tous les salariés des Etats membres touchés par des restructurations de leur entreprise²⁹⁰. Le préambule de la directive, qui rappelle d’ailleurs certaines dispositions de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989, témoigne de cet objectif : l’information, la consultation et la participation « *doivent être mises en œuvre en temps utiles notamment à l’occasion de restructurations ou de fusions d’entreprises affectant l’emploi des travailleurs* »²⁹¹.

201. Janus. – Tel Janus²⁹², l’information et la consultation des représentants des travailleurs constituent les deux faces d’une même pièce, l’une – dont la nature est certaine – est tournée vers le passé (§1), l’autre se dirige résolument vers l’avenir (§2).

§1. – L’information certaine sur les éléments du transfert

202. Il existe, entre le cédant et le cessionnaire, une identité quant au contenu de l’information à délivrer (I) ; le temps de l’information diffère (II).

I. Information : unité de contenu

203. Contenu unique, portée disparate. – Si le texte de la directive insuffle une certaine unité au contenu de l’information (A), des nuances demeurent (B).

²⁸⁹ F. DUMONT, *Les prérogatives des travailleurs liées à la défense de l’emploi et la directive du 29 juin 1998 sur les transferts d’entreprises*, Petites affiches, 30 juillet 1999, n°151, p. 15.

²⁹⁰ S. LAULOM, *Le droit européen des restructurations*, D. ouvrier, juin 2012, n°767, p. 421.

²⁹¹ Dir. n°2001/23/CE, préambule, point 5.

²⁹² P. GRIMAL, *Le dieu Janus et les origines de Rome*, *Lettres d’humanité*, IV, 1945, pp. 15-19.

A) Une information identique en toute situation

204. Vers l'inconnu... – « *La question des transferts d'entreprise est une question porteuse d'angoisses, car elle ouvre vers l'inconnu* »²⁹³. En effet, les transferts et plus généralement les restructurations sont souvent anxiogènes pour les travailleurs qui s'opposent fréquemment au transfert. Une information est alors nécessaire et constitue classiquement la première pierre permettant de protéger l'emploi des travailleurs, parfois contre eux-mêmes. La volonté de favoriser le dialogue social sur la base d'un contenu clair s'exprime par une méthode simple : une liste d'informations est prévue.

205. Liste des informations. – L'article 7, §1 de la directive du 12 mars 2001 dispose *ab initio* que l'information porte sur : « *la date fixée ou proposée pour le transfert, le motif du transfert, les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs, les mesures envisagées à l'égard des travailleurs* »²⁹⁴.

206. La date est celle fixée ou proposée pour le transfert ; la décision du transfert en elle-même peut être déjà prise ou en cours d'adoption. Ainsi, l'information conçue par la directive est préalable à la réalisation du transfert, pas à la décision de ce dernier. Certains Etats, comme la France, imposent cependant que l'information soit donnée dès que le transfert est envisagé. Peu importe que la décision soit ferme ou qu'il ne s'agisse que d'une éventualité.

207. Le motif consiste à expliciter aux représentants des travailleurs tant l'opération juridique en cause qui provoquera le transfert des contrats de travail que l'économie générale du projet. Pour illustration, s'il s'agit d'une cession, il conviendra, d'une part, d'expliquer aux représentants des travailleurs les rudiments de la cession mais aussi, d'autre part, le motif économique de la cession, à savoir le rachat de l'entreprise par un concurrent entre autres hypothèses. En somme, le motif implique de transmettre de la « *causa remotae* » du transfert aux représentants du personnel avec toutes les difficultés liées à la multiplicité des raisons qui ont pu pousser à contracter²⁹⁵. L'information complète à ce sujet peut donc s'avérer parfois complexe.

²⁹³ B. LARDY-PÉLISSIER, Le transfert d'entreprise, *D. ouvrier*, juin 2012, n°767, p. 405.

²⁹⁴ Dir. n°2001/23/CE, art. 7, §1.

²⁹⁵ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz 2014, 11^{ème} édition, p. 77.

208. Si l'information porte sur le motif, les conséquences du transfert doivent aussi être communiquées. Juridiques, économiques et sociales, les conséquences du transfert doivent être envisagées sous tous leurs aspects. Devront être envisagées les conséquences sur les conditions de travail, sur le statut collectif en ce compris la convention collective nationale, les accords collectifs concernant la durée du travail, l'épargne salariale ou encore les garanties « frais de santé » ou de prévoyance. Le sort du statut collectif atypique devra également faire l'objet d'une information. Il conviendra aussi de communiquer à l'instance représentative du personnel les éléments concernant son propre sort suite au transfert.

209. Enfin, les mesures envisagées à l'égard des travailleurs doivent naturellement être communiquées à leurs représentants. Il s'agit de l'information qui intéresse le plus ces derniers.

210. Ce contenu se retrouve à l'identique à la fin du même article eu égard à l'information directe des travailleurs dont la subsidiarité n'entraîne – ou ne devrait entraîner²⁹⁶ – aucune perte de substance. Néanmoins, des nuances quant à l'information des représentants, qui ne sont pas forcément contraires à la directive, doivent être relevées dans les Etats membres.

B) Des nuances issues des appréciations nationales

211. Teneur de l'information en France. – Certains auteurs avaient affirmé que cette liste qu'elle constituait « *l'imprécision la plus flagrante* » de la directive²⁹⁷. Cette critique ne résiste pas aux juges français dont la sévérité est soulignée par la doctrine²⁹⁸. Dans un jugement du 22 décembre 2000, ces derniers ont estimé que : « *le comité [d'entreprise] est légitime à revendiquer pour donner un avis, une information lui permettant d'apprécier le*

²⁹⁶ Outre le fait que de nombreux Etats n'aient pas transposé l'information directe des travailleurs (cf. supra), les différences de rédaction entre l'information destinée aux représentants des travailleurs et celle destinée, subsidiairement, aux travailleurs, laissent planer un doute sur l'identité de contenu dans les diverses transpositions ; il s'agit notamment de la Belgique. V. L. RAIMBERT, D. STAS DE RICHELLE, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique en France et en Belgique*, Les Cahiers du DRH, 2004, 99.

²⁹⁷ F. DUMONT, *Les prérogatives des travailleurs liées à la défense de l'emploi et la directive du 29 juin 1998 sur les transferts d'entreprises*, Petites affiches, 30 juillet 1999, n°151, p. 15.

²⁹⁸ F. FAVENNEC-HERY, *La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise*, Dr. Soc. 2005, p. 729.

projet dans la totalité de son contexte, incluant les autres projets »²⁹⁹. De même, la Cour d'appel de Paris juge qu'un comité central d'entreprise « *a pu débattre utilement et concrètement dudit projet, disposant, en temps utile, d'informations précises et suffisantes, tant économiques que financières et sociales, pour prendre position* »³⁰⁰. Le même arrêt se prononce en faveur d'une actualisation des informations en cours de procédure, également nécessaire.

212. Etant donnée la précision de la liste des informations contenue dans la directive, il pourrait presque apparaître qu'il incombait au législateur européen de transposer la jurisprudence française en la matière. Le critère d'une information précise et suffisante du juge français se montre juridiquement bien moins sûr que la liste européenne. En effet, l'extension à d'« *autres projets* » ne ressort ni du texte français, ni du texte européen. La liste européenne est plus à même d'assurer la sécurité juridique à laquelle aspirent les acteurs de la vie économique.

213. A sa décharge, le juge français devait auparavant appliquer trois textes différents assurant une information du comité d'entreprise en cas de transfert³⁰¹. La loi 2015-994 du 17 août 2015 a tenté de rationaliser ce dispositif pour aider l'employeur à réaliser le « *tri qui s'impos[ait]* »³⁰². Néanmoins, son impact s'avère limité en ce qui concerne l'ancien article L.2323-19 du Code du travail, communément admis comme transposant la directive 2001/23/CE, simplement recodifié à droit constant à l'article L.2323-33.

²⁹⁹ TGI Nanterre, 22 décembre 2000, *aff. Sovac*, RJS 11/01, n°1305.

³⁰⁰ Paris, pôle 6, ch. 1, 11 février 2013, *aff. GFI Infor*, RG n° 12/16677.

³⁰¹ C. trav., anc. art. L.2323-6 : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* » ; C. trav., anc. art. L.2323-15 al. 1 : « *Le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs* » ; anc. art. L.2323-19 du même Code : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L.233-1 du code de commerce. L'employeur indique les motifs des modifications projetées et consulte le comité d'entreprise sur les mesures envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci. Il consulte également le comité d'entreprise lorsqu'il prend une participation dans une société et l'informe d'une prise de participation dont son entreprise est l'objet lorsqu'il en a connaissance* ».

³⁰² P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, éd. LexisNexis 2013, 3^{ème} édition, pp. 356-359.

214. Autres transpositions. – Le contenu belge de l’information à destination des représentants des travailleurs vise « *les perspectives d’emploi du personnel, l’organisation du travail et la politique de l’emploi en général* »³⁰³. D’autres Etats se sont montrés bien plus prolixes. Le Portugal, comme l’Espagne³⁰⁴, reprend ainsi fidèlement la liste des informations contenues dans la directive du 12 mars 2001. Toutefois, l’amende portugaise, dérisoire, ne répond pas aux canons européens d’effectivité et de dissuasion³⁰⁵.

215. Le cas anglais. – Le Royaume-Uni, dont la place dans l’Union européenne est discutée, fait pourtant partie des Etats ayant transposé soigneusement la directive du 12 mars 2001 dont la liste s’apparente à celle contenue dans la loi de transposition. L’article 13 de la loi de transposition anglaise³⁰⁶ ajoute même à la directive un certain pragmatisme. Au-delà de la « *date* » du transfert, l’employeur est tenu d’informer « *sur le fait qu’un transfert aura lieu* ». De la même manière, le droit anglais se montre formidablement pointu lorsqu’il prévoit que l’employeur cédant est tenu d’informer les représentants à la fois des mesures qu’il envisage personnellement à l’égard des travailleurs transférés mais également des mesures envisagées par le cessionnaire (non sur ses propres travailleurs mais sur les travailleurs transférés). Cela suppose donc que le cessionnaire – nouvel employeur – transmette les informations au cédant – ancien employeur – afin de lui permettre de respecter ses obligations³⁰⁷.

³⁰³ L. RAIMBERT, D. STAS DE RICHELLE, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d’entreprises : application pratique en France et en Belgique*, Les Cahiers du DRH, 2004, 99.

³⁰⁴ F. SIERRA GONZALES, A-M. ZARA, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d’entreprises : application pratique en Espagne et en Italie*, Les Cahiers du DRH, 2004, 101.

³⁰⁵ P. REMY, M-H. CHEZLEMAS, J. GOMES, *Le transfert d’entreprise (I)*, RTD 2011, p. 132.

³⁰⁶ Transfer Undertakings Protection of Employment Regulations 1987, 13 : « *long enough before a relevant transfer to enable the employer of any affected employees to consult the appropriate representatives of any affected employees, the employer shall inform those representatives of : (a) the fact that the transfer is to take place, the date or proposed date of the transfer and the reasons for it; (b) the legal, economic and social implications of the transfer for any affected employees; (c) the measures which he envisages he will, in connection with the transfer, take in relation to any affected employees or, if he envisages that no measures will be so taken, that fact; and (d) if the employer is the transferor, the measures, in connection with the transfer, which he envisages the transferee will take in relation to any affected employees who will become employees of the transferee after the transfer by virtue of regulation 4 or, if he envisages that no measures will be so taken, that fact* ».

³⁰⁷ M. LAST, M. BERENSCHOT, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d’entreprises : application pratique au Royaume-Uni et aux Pays-Bas*, Les Cahiers du DRH, 2004, 100.

216. Une différence de régime entre le cédant et le cessionnaire est d'ailleurs présente dans la directive du 12 mars 2001 quant au moment de l'information.

II. Information : divergence de tempo

217. **Divergence entre le cédant et le cessionnaire.** – Si le contenu est le même, le cédant et le cessionnaire ne sont pas dans la même situation. La directive du 12 mars 2001 directive en tient compte lorsqu'elle définit le moment de l'information.

218. **Temps « utile ».** – « *Le temps est l'un des maîtres du droit* »³⁰⁸. Tant le cédant que le cessionnaire sont tenus de délivrer l'information en temps utile, avant la réalisation du transfert. Il s'agit de la réalisation physique du transfert, s'il s'agissait de la réalisation juridique, cela reviendrait à subordonner la décision du transfert à la fin de la procédure d'information des représentants, ce que la directive ne fait donc pas.

219. En droit de l'Union européenne, « *il est en effet de principe que les instances de représentation soient informées et consultées en temps utiles* »³⁰⁹. Ainsi, rien n'oblige à ce que l'information se fasse préalablement à la décision de l'entreprise. La jurisprudence française estime qu'« *une mise en œuvre en temps utile de l'information et de la consultation du CEE n'implique pas, de façon absolue, une antériorité par rapport à la décision à prendre. Mais en l'absence de toute disposition écartant, à l'inverse, la même antériorité, force est de rechercher si elle correspond ou non, selon les circonstances, à l'impératif de temps utile ou plus simplement de l'effet utile au regard des manifestations de volonté de l'instance investie du pouvoir de décision. L'utilité doit s'apprécier au regard de critères raisonnables, au nombre desquels figure, à tout le moins, la place laissée aux observations, contestations ou critiques, l'importance et le caractère irrémédiable ou non des préjudices susceptibles d'être causés ou encore le respect d'une chronologie propice aux mesures ou réactions utiles, voire à une modification des résolutions initiales, le tout pour que la décision prise ou à prendre ait un degré minimum d'acceptation ou de compréhension nécessaire à la régulation des rapports sociaux transnationaux* »³¹⁰.

³⁰⁸ P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, éd. Defrenois, 2012, p. 8.

³⁰⁹ Y. PAGNERRE, *Comité d'entreprise – attributions économiques et financières*, J-Cl : 15-21.

³¹⁰ Versailles, 7 mai 1997 : TPS 1997, comm. 186, 2e esp., B. Teyssié.

220. Cédant et cessionnaire – Si le canon de l'effet utile s'applique aux deux collectivités de travail, une différence existe car elles sont intéressées à la consultation « *à des moments qui sont toutefois en partie différents* »³¹¹.

221. Le cédant est tenu de communiquer l'information aux représentants de ses travailleurs en temps utile avant la réalisation du transfert³¹².

222. Le cessionnaire est tenu de communiquer l'information aux représentants de ses travailleurs en temps utile, et « *en tout cas* »³¹³ avant que ses travailleurs ne soient affectés directement dans leurs conditions d'emploi et de travail par le transfert. Il peut être noté le léger embarras du législateur européen marqué par le fait que l'information doit être transmise « *en tout cas* » avant le transfert. Les travailleurs du cessionnaire sont en effet moins concernés par le transfert que les travailleurs du cédant.

223. L'insistance de la formulation employée dénote que l'information n'a rien d'évident pour les travailleurs du cessionnaire. Cela peut expliquer l'interprétation faite par le Royaume-Uni où l'information des travailleurs du cessionnaire n'existe pas alors même que ce dernier est tenu de transmettre au cédant les mesures qu'il envisage de prendre à l'égard des travailleurs transférés.

224. Cependant, l'apport le plus original de la directive du 12 mars 2001 réside principalement dans la consultation des représentants des travailleurs. Cette dernière est tournée vers l'avenir de l'emploi des travailleurs en ce qu'elle est menée en vue de parvenir à un accord.

§2. – L'incertaine consultation en vue de parvenir à un accord

225. Objet de la consultation. – Comme l'affirme le Professeur Rodière, « *la consultation complète l'information* ». Cette consultation ne porte pas sur la décision du transfert. Elle est limitée aux « *mesures envisagées* » à l'égard du personnel en conséquence du transfert³¹⁴. La

³¹¹ P. RODIERE, Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs, J-CI : 611.

³¹² Dir. n°2001/23/CE, art. 7, §1. al. 2.

³¹³ Dir. n°2001/23/CE, art. 7, §1. al. 3.

³¹⁴ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 439.

formule de la directive du 12 mars 2001 est néanmoins ambiguë puisque les consultations sur ces mesures doivent se faire « *en vue d'aboutir à un accord* »³¹⁵.

226. Nature de la consultation. – La directive du 12 mars 2001 impose-t-elle une véritable consultation ? L'obligation de rechercher un accord est-elle effective ? « *Consultation imposée, consultation négociée des représentants du personnel, quelle est la bonne formule ?* »³¹⁶. La nature de la consultation (I) et sa réception par les Etats membres (II), telles sont les deux questions qui seront envisagées.

I) La nature de la consultation en vue de parvenir à un accord

227. Consultation ou négociation ?. – L'origine latine du terme nous renvoie à l'action de délibérer ou à la question posée. La consultation consiste en « *l'action de prendre avis auprès de quelqu'un pour en obtenir un conseil, une information, des directives* »³¹⁷. Au sens commun, l'avis se définit comme « *ce que l'on pense ou exprime sur une question débattue* » mais encore comme le « *conseil donné* » ou « *l'appréciation, le jugement* »³¹⁸. Par nature, la consultation semble indiquer l'absence de contrainte de l'avis qui en résulte. Pourtant, l'accord, pour sa part, suppose un « *assentiment* », voire un « *consentement* »³¹⁹.

228. La traduction d'une consultation en vue de parvenir à un accord s'avère malaisée. Consulter est une chose ; négocier en vue d'obtenir un accord en est une autre. La consultation, c'est-à-dire la demande d'un avis n'est pas un outil adapté pour parvenir à un accord. Or, le texte de la directive lie ces deux actions, a priori très peu conciliables, en une seule obligation.

³¹⁵ Dir. n°2001/23/CE, art. 7, §2.

³¹⁶ F. FAVENNEC-HERY, *La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise*, Dr. Soc. 2005, p. 729.

³¹⁷ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd.

<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=1520799090>.

³¹⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd.

<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?36;s=1520799090>.

³¹⁹ Ibid. <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?57;s=1520799090>.

229. Un « accord »³²⁰. – L'accord implique un accord collectif, une négociation ou à tout le moins un échange de vues³²¹. Il existe une vraie volonté de remettre en cause le projet ou à tout le moins d'influer sur la décision unilatérale de l'employeur tant dans la consultation que dans la négociation. Néanmoins, à la différence de la consultation, la négociation traduit une volonté explicite de trouver un compromis³²².

230. Une véritable obligation de négocier. – La Cour de justice a tranché cette incertitude à deux reprises en affirmant que « *cette obligation ne se confond pas avec la simple obligation de consulter les représentants des travailleurs* »³²³. Cependant, il aurait été souhaitable que la Cour de justice se montre plus prolix dans l'établissement d'une définition positive de cette obligation. La volonté est celle d'une véritable implication des représentants des travailleurs « *dans la gestion sociale des restructurations* » ; elle est centrée sur la définition des « *mesures sociales* » accompagnant ces restructurations³²⁴. Le terme « accord » « *évoque l'existence d'une obligation de dialoguer ou de négocier* »³²⁵. L'accord n'est pas l'objet de l'obligation. Autrement dit seule la négociation est obligation, la conclusion demeure soumise à la volonté des parties. Peu importe qu'il s'agisse du cédant ou du cessionnaire, cette obligation pèse sur « *l'initiateur des « mesures » auxquelles les salariés ont vocation à être soumis* »³²⁶.

231. De l'obligation de rechercher un accord nul ne peut douter qu'elle traduit non pas une obligation de consulter, mais une obligation de négocier : « *la négociation ne se confond pas avec la consultation* »³²⁷. Toutefois, elle n'est pas forcément « *une obligation de mener stricto sensu une négociation collective* »³²⁸ au sens du droit français. L'incompréhension résultant

³²⁰ F. DUMONT, *Les prérogatives des travailleurs liées à la défense de l'emploi et la directive du 29 juin 1998 sur les transferts d'entreprises*, Petites affiches, 30 juillet 1999, n°151, p. 15.

³²¹ F. FAVENNEC-HERY, *La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise*, Dr. Soc. 2005, p. 729.

³²² P-Y. VERKINDT, *De la consultation à la négociation : questions de procédure*, D. soc. 1998, p. 316.

³²³ CJCE, 8 juin 1994, aff. C-382/92 et C-383/93, *Commission c/ Royaume-Uni* ; CJCE, 27 janvier 2005, aff. C-188/03, *Junk*.

³²⁴ S. LAULOM, *Le droit européen des restructurations*, D. ouvrier, juin 2012, n°767, p. 421.

³²⁵ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 446.

³²⁶ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 280.

³²⁷ F. DUMONT, *Les prérogatives des travailleurs liées à la défense de l'emploi et la directive du 29 juin 1998 sur les transferts d'entreprises*, Petites affiches, 30 juillet 1999, n°151, p. 15.

³²⁸ N. MOIZARD, *L'approche européenne du dialogue social national*, SSL 2015, n° 1691.

de la rédaction de la directive a permis aux Etats membres de prendre certaines libertés mais aussi de s'absoudre de temps à autre de l'effet utile de la directive.

II) La réception de cette obligation par les Etats membres

232. France. – La qualité des transpositions en matière de restructuration est très variable. Les transpositions les plus partielles proviennent en réalité des Etats dont la législation était la plus complète en la matière. C'est le cas de la France qui, sous les auspices d'une « *présomption de conformité* »³²⁹, n'a jamais su s'intéresser à « *ce qui constituait une nouveauté et un apport de ces directives : l'obligation de négocier* »³³⁰.

233. Il est vrai que la consultation française est stricte et va, dans son contenu, au-delà des mesures prises même si elle demeure insuffisante au regard de l'obligation de négocier posée par la directive. Malgré tout, il faut souligner que la consultation française intervient tout au long du processus décisionnel. Des « *consultations ultérieures* » demeurent possibles³³¹. Ainsi, il pourrait être admis qu'une succession de consultations visant à infléchir la décision de l'employeur sur certaines conséquences du transfert soit perçue comme une négociation au sens large.

234. Il reste que le système français est mal conçu. D'une part, les représentants des travailleurs sont informés et consultés mais ne peuvent conclure d'authentiques accords collectifs avec l'employeur permettant d'anticiper les conséquences du transfert. D'autre part, les organisations syndicales du cessionnaire, plus à même de négocier, sont pourtant dans une situation inconfortable : elles négocieront un accord pour des travailleurs qui ne sont pas encore présents dans l'entreprise.

235. Négociation de bonne foi. – Certains Etats, à l'instar de l'Espagne, prévoient une « *phase de consultation* » avec une durée minimale de quinze jours en cas de « *modification substantielle* » de la situation des travailleurs. En sus, est prévue de manière distincte une

³²⁹ S. LAULOM, *Le droit européen des restructurations*, D. ouvrier, juin 2012, n°767, p. 422.

³³⁰ Il en est de même des Pays-Bas qui n'ont transposé, après l'adoption de la directive du 12 mars 2001, que l'information directe des travailleurs : M. LAST, M. BERENSCHOT, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique au Royaume-Uni et aux Pays-Bas*, Les Cahiers du DRH, 2004, 100.

³³¹ F. FAVENNEC-HERY, *La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise*, Dr. Soc. 2005, p. 729.

négociation « *de bonne foi* » en vue de parvenir à un accord. L'Espagne est allée jusqu'à préciser les modalités de conclusion de l'accord puisqu'elle prévoit une conclusion à la majorité des représentants légaux des travailleurs³³².

236. Conclusion de la Section 1. – La protection de l'emploi ne peut consister en un blocage des opérations envisagées par l'employeur. Le dialogue social relatif à la directive du 11 mars 2002 reflète alors un objectif conforme à cet esprit : « *informer, consulter oui, proposer peut-être, décider non* »³³³. En effet, donner plus de vigueur au dialogue social, donc retarder le transfert, est perçu à juste titre comme une double sanction pour les travailleurs. Le dialogue social dans l'entreprise permet d'encadrer le transfert en assurant une certaine transparence. De surcroît, l'opération de transfert n'entraîne pas uniquement et exclusivement l'application de la directive du 12 mars 2001. Si le transfert emporte des incidences sur la santé et la sécurité, l'information et la consultation sur ces thèmes devront avoir lieu. Il s'agit alors non pas « *de protéger l'emploi (...) mais les conditions de travail, c'est-à-dire le contexte d'exercice de l'emploi* »³³⁴. Une certaine perméabilité entre les différents dialogues d'entreprise peut, encore une fois, être remarquée au niveau européen. Néanmoins, la perméabilité n'est pas l'identité.

237. Plus grave pour les travailleurs, l'emploi, s'il est parfois menacé par l'opération juridique du transfert, peut se trouver confronté non pas à un risque de « déplacement » mais de « disparition ». Il s'agit du licenciement collectif pour motif économique dans lequel le dialogue social joue un rôle à la mesure du danger pesant sur l'emploi.

³³² F. SIERRA GONZALES, A-M. ZARA, C. PELLISSIER, *Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique en Espagne et en Italie*, Les Cahiers du DRH, 2004, 101.

³³³ F. FAVENNEC-HERY, *La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise*, préc.

³³⁴ M. PATIN, *Information et consultation relative à la santé au travail en cas de transfert d'entreprise*, JCP S N°27, 6 juillet 2010, 1285.

Section 2 : L'emploi menacé par des difficultés économiques

238. Sécuriser. – Près de trois ans après l'adoption en France de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013³³⁵, il est encore et inlassablement question de « sécuriser » le licenciement pour motif économique³³⁶. En effet, les difficultés économiques et les licenciements qui en résultent cristallisent les inquiétudes des acteurs économiques et des travailleurs.

239. Harmoniser. – La directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998³³⁷ répond au même objectif que la directive 75/129/CEE du 17 février 1975³³⁸. Le législateur européen a souhaité harmoniser et renforcer la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs. La directive 98/59/CE n'empêche pas les licenciements³³⁹ mais les encadre par le truchement d'une procédure dans laquelle l'employeur doit s'inscrire.

240. Dialoguer. – Les représentants du personnel ont un rôle plus que fondamental dans le cadre ainsi établi. Dialoguer doit permettre d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ou d'en atténuer les conséquences³⁴⁰. Comme pour la directive du 12 mars 2001 concernant le transfert d'entreprise, le champ d'application du dialogue social recoupe celui de la directive du 20 juillet 1998 (**Sous-section 1**). Son contenu, particulièrement riche, devra être précisé (**Sous-section 2**).

³³⁵ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

³³⁶ Les Echos, *L'exécutif veut sécuriser le licenciement économique*, 15 février 2016, p. 2.

³³⁷ Dir. n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs.

³³⁸ Tout comme la directive « transfert » du 12 mars 2001, la première mouture de la directive concernant les licenciements collectifs date aussi des années 1970 et de la fin de l'essor économique postérieur à la Seconde Guerre Mondiale.

³³⁹ Aucune directive européenne ne prévoit l'interdiction générale de licencier un travailleur exception faite de quelques cas ponctuels comme la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 qui attribue une telle protection aux femmes enceintes. V. B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 287.

³⁴⁰ Dir. n° 98/59/CE art. 2, §2.

Sous-section 1 : Champ d'application du dialogue

241. Le licenciement collectif. – Le licenciement pour lequel la directive du 20 juillet 1998 trouve application est défini à l'article 1^{er} de ce texte³⁴¹. Le licenciement collectif au sens de la directive est établi lorsqu'il est question du licenciement d'un certain nombre de travailleurs (§2) opérés par un employeur pour un motif non-inhérent à leur personne (§1).

§1. – Le licenciement opéré par un employeur pour un motif non-inhérent à la personne des travailleurs

242. Employeur, motif. – La licenciement opéré par un employeur (I) pour un motif non-inhérent à la personne des travailleurs (II) constitue la première étape de la détermination d'un licenciement collectif.

I. Un licenciement opéré par un employeur...

243. En l'absence d'une définition de l'employeur par la directive, cette notion doit être éclaircie (A), en distinguant l'hypothèse dans laquelle l'employeur appartient à un groupe (B).

A) La définition de l'employeur

244. Une définition indirecte : la subordination. – Contrairement à d'autres directives, aucun article ne définit ce qu'est un employeur en matière de licenciements collectifs. Ce qui peut se comprendre dès lors que l'effort d'identification est moindre qu'ailleurs, notamment en matière de transferts. Ainsi, il faut lire entre les lignes de la directive pour en faire ressortir une définition de l'employeur. Le préambule de la directive du 20 juillet 1998³⁴² tout comme son article 1^{er}, §1 *in fine* assimilent à un licenciement « *les cessations du contrat de travail intervenu à l'initiative de l'employeur* ». Il est permis d'en déduire que l'employeur est celui qui prend l'initiative de la rupture du contrat de travail, c'est-à-dire la personne qui est partie au contrat et à laquelle le travailleur est juridiquement subordonné.

³⁴¹ Dir. n° 98/59/CE art. 1, §1 a).

³⁴² Dir. n° 98/59/CE, préambule (8).

245. Eléments indifférents. – Par ailleurs, peu importe désormais la situation financière dans laquelle se trouve l'employeur³⁴³. Seule est donnée aux Etats membres la possibilité de ne pas appliquer la partie relative aux relations avec l'Administration dans le cas où « *la cessation des activités de l'établissement résulte d'une décision de justice* »³⁴⁴. En revanche, cela n'exonère en rien des obligations relatives au dialogue social avec les instances représentatives du personnel³⁴⁵.

246. La poursuite d'un but lucratif est également un élément indifférent puisque « *le terme employeur comprend tout organisme ou toute personne qui exerce un pouvoir de subordination (...) il importe peu que l'activité recherchée soit le profit ou que l'activité de l'organisme s'exerce en dehors de tout but lucratif* »³⁴⁶.

247. Exclusion. – Quelques exclusions subsistent néanmoins. L'article 1^{er}, §2 de la directive du 20 juillet 1998 exclut de son champ d'application : « *b) [les] travailleurs des administrations publiques ou des établissements de droit public (ou, dans les Etats membres qui ne connaissent pas cette notion, des entités équivalentes)*³⁴⁷ ; *c) [les] équipages de navires de mer* »³⁴⁸.

³⁴³ CJUE, 3 mars 2011, aff. C-235/10, *Claes*, Liais. Soc. Eur. 2011, 275, p. 5 ; Europe, 2011, comm. 191, note. L. DRIGUEZ ; Revue des Procédures Collectives n°6, novembre 2011, comm. 176, note T. MASTRULLO : le Luxembourg avançait l'idée que la directive était inapplicable car la liquidation entraînait par là-même la cessation des contrats de travail. Comment, dès lors, pouvait-on organiser une information et une consultation ? La Cour de justice écarte justement cette argumentation : une disposition de droit national ne peut déterminer l'interprétation des termes de la directive (*préc. pt. 48*).

³⁴⁴ Dir. n° 98/59/CE, art. 4, §4.

³⁴⁵ Il faut cependant que l'employeur existe. S'il est une personne morale, il incombera ainsi au liquidateur de respecter la procédure prévue par la directive du 20 juillet 1998 (Cf. CJUE, 3 mars 2011, *Claes*, aff. C-235/10, points 53 à 55). En revanche, s'il est une personne physique et qu'il décède, l'application de la directive est écartée (Cf. CJUE, 10 décembre 2009, *Rodriguez Mayor*, aff. C-323/08).

³⁴⁶ CJCE, 16 octobre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-32/02 Rec. 2003, p. 12063 ; D. 2004, jur., p. 381, Obs. SAINT VERNAC.

³⁴⁷ Seules sont exclues les administrations publiques munies de prérogatives de puissance publique. A contrario, cela signifie qu'en France les SPIC sont concernés par la directive du 20 juillet 1998, V. S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, pp. 448-449.

³⁴⁸ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §2 b) et c).

248. Le législateur européen n'a donc prévu que des limitations marginales sur ce sujet, simplifiant par conséquent la définition du périmètre. Des difficultés demeurent en présence d'un groupe.

B) La présence d'un groupe

249. L'intégration de l'entreprise au sein d'un groupe pose les mêmes difficultés qu'en matière de transfert. La décision de licencier est toujours exécutée par l'employeur mais elle peut être provoquée par la société mère. Dès lors, il est important de déterminer l'influence de cette disjonction entre la prise de décision et son exécution. Le raisonnement est alors identique à celui opéré en matière de transfert d'entreprise³⁴⁹.

250. **Telle mère, telle fille (oui).** – Peu importe que l'origine de la décision de licencier émane de l'employeur – personne morale – ou de la société mère qui le contrôle. La directive du 20 juillet 1998 trouve application même si la décision émane de la mère puisque la personne morale qui rompt le contrat est la filiale. En effet, selon la Cour de justice, l'employeur est la « *personne physique ou morale qui se trouve dans une relation de travail avec les travailleurs susceptibles d'être licenciés* »³⁵⁰. Elle ajoute qu'« *une entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle peut prendre des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur* »³⁵¹. Ainsi que le note le Professeur Rodière, « *la qualité d'employeur appartient à celui qui constitue la partie patronale au contrat de travail* »³⁵². En définitive, le contrat de travail l'emporte sur les liens capitalistiques.

251. **Telle mère, telle fille (non).** – Les obligations prévues par la directive appartiennent toutefois à la société filiale même si la décision de licencier est prise par la mère. La directive prévoit d'ailleurs expressément que la filiale ne peut s'exonérer de ses obligations en invoquant une information insuffisante fournie par la mère. « *Les obligations en matière d'information et de consultation [...] s'appliquent indépendamment du fait que la décision concernant les licenciements collectifs émane de l'employeur ou d'une entreprise qui contrôle*

³⁴⁹ Cf. *supra*.

³⁵⁰ CJCE, 10 septembre 2009, *AEK « Akavan »*, aff. C-44/08, Europe 2009, n° 417, obs L. DRIGUEZ ; JCP S 2009, n° 1493, obs E. JEANSEN. RJS 2009 KESSLER, point 57.

³⁵¹ CJCE, 10 septembre 2009, *AEK « Akavan »*, aff. C-44/08, préc. point 58.

³⁵² P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

cet employeur »³⁵³. La mère n'a donc, *de jure*, aucune obligation car la directive encadre les licenciements sans pour autant « *restreindre la liberté d'un [...] groupe de procéder à l'organisation de ses activités de la manière qui lui semble la plus conforme à ses besoins* »³⁵⁴. Ce dispositif permet, lorsqu'est en cause un groupe, d'assurer « *une continuité dans la consultation* »³⁵⁵.

252. La suspension des licenciements. – Cependant la société mère demeure, *de facto*, tenue de délivrer des informations suffisantes à sa filiale si elle entend porter l'opération de restructuration jusqu'à son terme, puisque les licenciements seront suspendus tant que la filiale n'aura pas pleinement rempli ses obligations d'information et de consultation de ses propres institutions représentatives du personnel³⁵⁶. Contrairement au maintien automatique des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, le licenciement n'est pas vu par la Cour de justice comme une mesure favorable. La suspension du licenciement en cas de non-respect de la procédure d'information et de consultation n'est donc pas une double-sanction pour les travailleurs. Cette particularité de la directive du 20 juillet 1998 par rapport à la directive du 12 mars 2001 produit un dialogue social plus fort qu'en matière de transfert d'entreprise.

253. L'hypothèse du coemploi³⁵⁷. – La Cour de justice n'a jamais eu à se prononcer à notre connaissance sur un éventuel coemploi en matière de licenciements collectifs. Nul doute qu'elle adopterait une vision communautaire du coemploi, à l'instar de la vision communautaire de l'employeur et du travailleur. Dans le cadre d'un groupe, deux possibilités seraient envisageables : 1) la Cour de justice pourrait ne pas tenir compte du coemploi reconnu par un juge national ; elle ferait alors peser l'ensemble des obligations sur

³⁵³ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §4 al. 1.

³⁵⁴ CJCE, 10 septembre 2009, *AEK « Akavan »*, aff. C-44/08, préc. point 59.

³⁵⁵ G. SANTORO, *L'information et la consultation relatives aux licenciements économiques dans les groupes multinationaux*, Dr. Soc. 2011, p. 952.

³⁵⁶ CJCE, 27 janvier 2005, *Junk*, aff. C-188/03, point 45 ; CJCE, 10 septembre 2009, *AEK « Akavan »*, aff. C-44/08, Europe 2009, n° 417, obs L. DRIGUEZ ; JCP S, 2009, n° 1493, obs E. JEANSEN. RJS 2009 KESSLER, point 70.

³⁵⁷ Le coemploi peut être défini simplement comme l'hypothèse où un travailleur unique est concomitamment en lien de subordination avec plusieurs personnes employeurs. Le coemploi, dont la notion est fortement débattue, est constitué en France par une « *triple confusion d'intérêts, de directions et d'activités* » à laquelle s'ajoute une « *immixtion fautive* » de la société mère dans les affaires de ses filiales ; il s'agit d'une « *mère abusive* ». V. P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, 3^{ème} éd. LexisNexis ; Cass. Soc. 30 novembre 2011, *Société Jungheinrich AG* ; JCP S 2012, 1052, note P. MORVAN ; Cass. Soc. 2 juillet 2014, *Molex* ; JCP G 2014, 848, note G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER.

l'employeur apparent – la fille – ou l'employeur véritable – la mère ; 2) le coemploi avéré pourrait exposer deux employeurs « à égalité » vis-à-vis des travailleurs, si deux liens de subordination juridique distincts sont identifiés. La Cour de justice n'aurait alors d'autre choix, sauf à modifier sa jurisprudence, que d'imposer une procédure d'information et de consultation à la fois à la filiale et à la mère.

254. Le licenciement opéré par l'employeur ainsi identifié doit être réalisé pour un motif non-inhérent à la personne du travailleur.

II. ... Pour un motif non-inhérent à la personne du travailleur

255. La terminologie « licenciement » au sens de la directive ne doit pas tromper. D'autres modes de rupture sont aussi concernés (B). La définition du motif non-inhérent à la personne du travailleur n'est pas forcément naturelle (A).

A) Le motif non-inhérent à la personne du travailleur

256. La cause économique. – Le Professeur Rodière a pu évoquer l'existence d'une « *cause économique* »³⁵⁸ pour parler du motif non-inhérent à la personne du travailleur. Il sera nécessaire d'indiquer ce qu'est un licenciement (1) intervenant pour une cause économique (2).

1) *Un licenciement ...*

257. Absence de consentement du travailleur. – La directive du 20 juillet 1998 n'a pas défini le motif non-inhérent à la personne du travailleur. C'est encore à la jurisprudence qu'est revenu ce privilège. Pour la Cour de justice, la définition du licenciement revêt une « *portée communautaire et ne peut être renvoyée au droit des États membres et à la diversité des conceptions nationales* »³⁵⁹. Elle doit recevoir « *une interprétation autonome et uniforme* ». Dans ces conditions, « *toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement* »³⁶⁰ caractérise un licenciement.

³⁵⁸ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

³⁵⁹ Ibid..

³⁶⁰ CJCE, 12 octobre 2004, *Comm. c/ Portugal*, aff. C-55/02, point 50.

258. La conception européenne du licenciement ne se cantonne pas à la seule rupture du contrat de travail. Selon la Cour de Justice, tout licenciement, par nature non voulu par le travailleur, est avant tout la conséquence d'une décision unilatérale de son employeur. Ainsi, elle a pu assimiler la modification unilatérale d'éléments essentiels du contrat de travail à un licenciement³⁶¹. Ce premier critère d'identification en appelle néanmoins un autre.

2) ... *Pour une cause économique*

259. Indifférence de la volonté de l'employeur. – Dans son arrêt du 12 octobre 2004, la Cour de justice adopte tantôt le point de vue du travailleur, tantôt celui de l'employeur. La législation portugaise est jugée non-conforme aux dispositions de la directive du 20 juillet 1998 en ce qu'elle définit le licenciement comme celui intervenu « *pour des raisons de nature structurelle, technologique ou conjoncturelle et en n'élargissant pas cette notion à des licenciements pour toutes les raisons non inhérentes à la personne des travailleurs* »³⁶². La vision de la Cour de justice est extrêmement large. La cause économique ne serait donc pas en lien avec l'économie et les difficultés économiques. Plus qu'une cause économique, il s'agit en réalité d'une cause objective : « *il y a licenciement dès lors que la volonté de rompre exprimée par l'employeur ne rencontre pas l'acquiescement du salarié* »³⁶³. Pour le Professeur Teyssié, la Cour de justice opère ici une « *analyse compréhensive* » de la rupture³⁶⁴.

260. Absence de volonté de l'employeur ? – Un licenciement pour motif *personnel* est, par hypothèse, complètement étranger aux difficultés économiques. Il intervient pourtant sans le consentement du travailleur. *A contrario*, une définition du licenciement pour motif *économique* en harmonie avec l'objectif de la directive, c'est-à-dire l'encadrement des licenciements collectifs, devrait comprendre la cessation du contrat de travail non seulement sans le consentement du travailleur mais aussi sans celui de l'employeur. Autrement dit, à notre sens, seule la cessation du contrat de travail résultant d'une volonté contrainte – par des

³⁶¹ CJUE, 11 novembre 2015, *Pujante Rivera*, aff. C-422/14.

³⁶² CJCE, 12 octobre 2004, *Comm. c/ Portugal*, aff. C-55/02, point 32.

³⁶³ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

³⁶⁴ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 288.

difficultés économiques – de l’employeur devrait entrer dans le champ du licenciement au sens de la directive du 20 juillet 1998.

261. Cette position n’est pas celle de la Cour qui préfère élargir la définition du licenciement pour multiplier au maximum les cas d’application de la directive du 20 juillet 1998. Dans le même arrêt du 12 octobre 2004, la Cour de justice a d’ailleurs admis que la décision de l’employeur « *peut* » être purement formelle et résulter de circonstances qui lui sont extérieures. *A contrario*, cela signifie que sa décision peut ne pas être motivée par de telles circonstances. L’emploi de l’impératif se serait peut-être avéré plus judicieux. D’autres modes de rupture parfois en contradiction avec la définition établie ci-dessus ont parfois bénéficié d’un élargissement sous les auspices de la Cour de justice.

B) L’assimilation partielle d’autres modes de rupture

262. Rupture d’un CDD. – Le texte de la directive du 20 juillet 1998 traite directement du cas des contrats à durée déterminée. Ces derniers sont exclus par principe du champ des licenciements collectifs. Par exception, la fin du contrat à durée déterminée intervenant avant son terme est assimilée à un licenciement³⁶⁵.

263. Rupture par décision de justice. – Lorsque la déconfiture de l’entreprise entraîne la cessation définitive des activités actée par une décision de justice, les licenciements opérés dans ce cadre sont compris dans le champ de la directive du 20 juillet 1998. Seule la notification obligatoire du projet de licenciement à l’autorité publique peut être éludée³⁶⁶. Cependant, la directive s’appliquera sans exception possible lorsqu’une cessation définitive des activités de l’entreprise a été « *décidée à la seule initiative de l’employeur, en l’absence d’une décision de justice préalable* »³⁶⁷.

264. Rupture par consentement mutuel. – Le critère fondamental du licenciement demeure la volonté *unilatérale* de l’employeur – qu’elle soit contrainte ou non – de mettre fin à la relation de travail. Qu’en est-il lorsque la cessation du contrat de travail résulte d’une volonté commune ou conjointe de l’employeur et du travailleur ? L’assimilation au licenciement n’est que partielle. Elle dépend de la personne qui prend l’initiative de la rupture. En effet, si la

³⁶⁵ Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §2 a).

³⁶⁶ Dir. n° 98/59/CE, art. 4, §4.

³⁶⁷ CJCE, 7 septembre 2006, *Agorastoudis*, aff. C-187/05 à 190/05.

volonté peut être conjointe, elle n'est jamais concomitante. Lorsque la rupture d'un commun accord intervient « à l'initiative de l'employeur », celle-ci, même si elle est acceptée par le travailleur, sera considérée comme un licenciement dès lors qu'elle s'ajoute à cinq « vrais » licenciements³⁶⁸. *A contrario*, lorsque l'employeur ne fait que ratifier ou accepter une initiative du travailleur, la rupture qui en résulte échappe, en toute hypothèse, à la qualification de licenciement au sens de la directive du 20 juillet 1998. Elle n'est donc pas prise en compte pour le calcul des seuils décrits ci-après.

265. Ruptures françaises. – Il n'est pas exclu, en droit français, que la prise d'acte du salarié empruntant les effets d'un licenciement soit considérée comme un licenciement au sens du droit européen. De même, lorsqu'une rupture conventionnelle est décidée par les parties, il convient de rechercher qui, de l'employeur ou du salarié, a pris l'initiative de la rupture. Ce qui peut poser un épineux problème de preuve : la demande d'homologation de la convention de rupture ne fait pas mention de l'instigateur de la rupture. Pour donner un maximum d'effet utile à la directive et protéger les salariés, il paraît opportun d'admettre que l'initiative émane de l'employeur s'il subsiste un doute.

266. « *Une conception large de la notion de licenciement* » est ainsi retenue par la Cour de justice³⁶⁹. Le licenciement par un employeur pour un motif non-inhérent à la personne du travailleur ainsi déterminé, il convient de s'intéresser plus particulièrement aux travailleurs.

§2. – Le licenciement d'un nombre déterminé de travailleurs

267. Qualitatif, quantitatif. – La détermination des travailleurs concernés (I) et leur nombre (II) constitue la seconde étape de la détermination du champ d'application de la directive du 20 juillet 1998 et du dialogue social qui s'y attache.

³⁶⁸ Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §1 *in fine* : il faut au minimum cinq licenciements au sens strict (hors ruptures négociées) pour que joue l'assimilation.

³⁶⁹ S. LAULOM, *Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs*, SSL supplément 2015, n° 1702.

I. La détermination des travailleurs visés

268. Les travailleurs liés par un contrat de travail. – Le licenciement s’entend comme « *la cessation du contrat de travail* »³⁷⁰. Le travailleur, bien qu’il ne soit pas défini par la directive, est, en conséquence, celui qui est lié par un contrat de travail à l’employeur.

269. S’il faut qu’un contrat de travail existe, son existence suffit à inclure le travailleur dans le champ de la directive. Aucune exception n’est admise. Même le travailleur temporaire est concerné par la directive du 20 juillet 1998. En effet, la « *tâche déterminée* » visée par la directive n’est pas contradictoire avec la condition de l’emploi « *habituel* » dans l’établissement. En outre, « *ne pas tenir compte des travailleurs temporaires est également susceptible de priver l’ensemble des travailleurs* » de l’établissement de la protection prévue par la directive³⁷¹.

270. La Cour de justice de l’Union européenne a condamné l’Italie qui, si elle comptabilisait les licenciements des ouvriers, des employés et des cadres, excluait les « *dirigenti* »³⁷². Or, cette catégorie correspond à des cadres-dirigeants liés à l’employeur par un contrat de travail. La Cour précise que le travailleur est celui qui « *accomplit pendant un certain temps, en faveur d’une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles [il] perçoit une rémunération* »³⁷³. Ainsi, les « *dirigenti* » doivent bénéficier de la protection prévue par la directive du 20 juillet 1998. L’argument selon lequel une législation spécifique est prévue à leur égard est inopérant. En outre, ils doivent évidemment être pris en compte pour le calcul des seuils d’effectif. Leur exclusion aurait eu pour conséquence de diminuer l’effet utile de la directive à l’égard de l’ensemble des travailleurs.

271. La France n’est pas non plus à l’abri d’un recours en manquement car l’article L. 1111-3 du Code du travail « *permet d’exclure du calcul des effectifs de l’entreprise les apprentis, les contrats initiative-emploi, les contrats d’accompagnement dans l’emploi et les contrats de*

³⁷⁰ Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §1 *in fine*.

³⁷¹ S. LAULOM, *Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs*, SSL supplément 2015, n° 1702.

³⁷² « les dirigeants ».

³⁷³ CJUE, 13 février 2014, aff. C-596-12, *Commission c/ Italie* ; L. DRIGUEZ, *Travailleurs protégés par la directive « licenciements collectifs »*, Europe n°4, avril 2014, comm. 175.

professionnalisation »³⁷⁴. Toutefois, le juge interne ne peut s'opposer à l'application d'un texte de droit interne contraire à la directive en raison de l'absence d'effet direct horizontal de cette dernière³⁷⁵.

272. Les travailleurs non liés par un contrat de travail. – L'absence de définition des travailleurs a laissé toute liberté à la Cour de justice pour élargir cette notion. Elle a récemment jugé qu'un stagiaire était un travailleur au sens de la directive du 20 juillet 1998. Les stagiaires doivent donc être pris en considération pour le calcul du nombre de licenciements déclenchant l'application de la directive³⁷⁶. Le même arrêt adopte une solution similaire pour le gérant de la société. Il existe donc « *une notion autonome du travailleur au sens de la directive 98/59* »³⁷⁷.

273. Reste la question de savoir combien de travailleurs doivent être licenciés pour déclencher l'application de la directive.

II. Un nombre minimum de travailleurs licenciés

274. Calcul, périmètre du calcul. – Le calcul des seuils (A) et le périmètre du calcul (B), telles seront les deux questions abordées.

A) Calcul des seuils

275. Alternative. – Deux solutions sont offertes aux Etats membres pour le calcul des seuils d'effectif afin qu'ils adaptent la directive à leur culture sociale mais surtout à leur économie. L'une prévoit des seuils d'effectif variables en fonction du nombre de travailleurs employés dans l'établissement tandis que l'autre accorde une période plus longue d'appréciation des seuils.

³⁷⁴ S. LAULOM, *Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs*, SSL supplément 2015, n° 1702.

³⁷⁵ Cass. Soc., 9 juillet 2014, n° 11-21.609.

³⁷⁶ CJUE, 9 juillet 2015, *Balkaya*, aff. C-229/14.

³⁷⁷ S. LAULOM, *Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs*, SSL supplément 2015, n° 1702.

276. Période courte, seuils variables. – Si l’Etat membre choisit la première solution, le seuil d’effectif est apprécié sur une durée de trente jours. La directive du 20 juillet 1998 s’appliquera si, pendant ces trente jours, l’employeur licencie 1) dix travailleurs pour les établissements dont l’effectif est supérieur à vingt mais inférieur à cent travailleurs ; 2) 10% des travailleurs pour les établissements dont l’effectif est égal à cent mais inférieur à trois cents travailleurs ; 3) trente travailleurs pour les établissements dont l’effectif est égal à trois cents travailleurs³⁷⁸.

277. Les Etats dont le maillage économique est constitué principalement de petites et moyennes entreprises ont intérêt à choisir ce système. Cette différence de traitement entre petites et grandes entreprises trouve son fondement dans le Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne aux termes duquel : « *le Parlement européen et le Conseil [...] évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises* »³⁷⁹.

278. Période longue, seuil fixe. – La seconde solution n’offre pas la souplesse de la première quant aux seuils d’effectif. Les obligations de la directive du 20 juillet 1998 se déclenchent dès lors qu’interviennent vingt licenciements sur une période de quatre-vingt-dix jours³⁸⁰.

B) Périmètre du calcul

279. De l’importance du périmètre. – La définition du périmètre des licenciements est plus importante que celle du nombre des licenciements. « *Le (...) définir n’est nullement une opération anodine. A travers la modification d’un périmètre, ce sont des droits et/ou des prérogatives qui se reconfigurent* »³⁸¹.

280. Principe, exception. – Le périmètre de principe souhaité tant par la directive que la Cour de justice est l’établissement (1) ; celui de l’entreprise est parfois exceptionnellement retenu (2).

³⁷⁸ Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §1 a) i).

³⁷⁹ TFUE du 13 décembre 2007, art. 153, §2.

³⁸⁰ Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §1 a) ii).

³⁸¹ F. GÉA, *Le périmètre de l’ordre des licenciements à l’épreuve du projet de loi Macron*, RDT 2015, p. 115.

1) *L'établissement, périmètre classique*

281. Différentes sources consacrent l'établissement comme le périmètre classique de l'appréciation des seuils d'effectif au sens de la directive du 20 juillet 1998.

282. La directive. – Les deux branches de l'alternative de calcul qui décomptent le nombre des licenciements le font au sein de « *l'établissement* »³⁸². La seconde branche évoque « *l'établissement concerné* »³⁸³. Aucune définition n'est cependant proposée.

283. La Cour de justice. – Le juge européen a tiré les conséquences du texte de la directive du 20 juillet 1998. Il a fait de l'établissement le périmètre standard de calcul des seuils d'effectif tout en définissant cette notion.

284. Une définition. – L'établissement est « *l'unité à laquelle les travailleurs concernés par le licenciement sont affectés pour exercer leurs tâches* »³⁸⁴. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que « *l'unité dispose d'une direction pouvant effectuer de manière indépendante les licenciements collectifs* »³⁸⁵. La Cour de justice a conforté cette jurisprudence en opposant clairement l'établissement à l'entreprise dans une affaire du 15 février 2007. L'établissement est une unité de travail « *distincte, présentant une certaine permanence et stabilité qui se distingue de l'entreprise, centre de décision économique, à partir notamment d'une idée d'autonomie* »³⁸⁶. Cette dernière n'est propre qu'à l'entreprise.

285. Une consécration. – Les seuils de déclenchement de la procédure de licenciement s'apprécient dans l'établissement et non dans l'entreprise³⁸⁷. La Cour de justice a eu l'occasion

³⁸² Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §1 a) i).

³⁸³ Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §1 a) ii) ; selon certains auteurs, la seconde branche de l'alternative qui mentionnent « *les établissements concernés* » devrait permettre de considérer que le périmètre correspond en réalité à l'entreprise : v. S. ROBIN-OLIVIER, Information et consultation des travailleurs : questions autour de la portée des obligations résultant du droit de l'Union européenne, RTD Eur. 2015, p. 445.

³⁸⁴ CJCE, 7 décembre 1995 *Rockfon*, aff. C-449/93 : Rec. CJCE 1995, I, p. 4291.

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ CJCE, 15 février 2007, *Athnaïki Chartopoïia*, aff. C-270/05 : JCP S 2007, n° 16, p. 1268, note J. CAVALLINI.

³⁸⁷ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

de le rappeler : le nombre de licenciements s'apprécie établissement par établissement³⁸⁸, sans cumul possible. Il ne s'agit pas là d'une « *inflexion libérale* »³⁸⁹ de la Cour de justice. Le choix de l'établissement, au demeurant identique que l'Etat ait opté pour la première ou la seconde branche de l'alternative de calcul offerte, se justifie car son contraire aurait eu pour conséquence d'entraîner « *des charges très différentes (...) selon le choix de l'Etat membre concerné, ce qui irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union qui est de rendre le poids de ces charges comparable dans tous les Etats membres* »³⁹⁰. La Cour de justice met en balance l'égalité des charges pesant sur les entreprises et la protection des salariés.

286. Le choix de l'entreprise comme périmètre du calcul n'est toutefois pas complètement abandonné.

2) *L'entreprise, périmètre d'exception*

287. L'entreprise ? – La notion d'entreprise n'est pas définie par la directive. L'utilisation du seul terme « *établissement* », suggère que le décompte ne s'opère pas, en principe, dans l'ensemble de l'entreprise. Cependant, la Cour « *ne cache nullement son intention d'élargir au maximum le cercle des licenciements collectifs soumis à cette directive* »³⁹¹. Dès lors, le périmètre de l'entreprise ne pouvait pas être totalement ignoré.

288. Périmètre additionnel : le cas espagnol. – La législation de transposition espagnole vise l'entreprise comme périmètre de référence. Elle a permis, dans l'affaire dont a été saisie la Cour de justice, de regrouper deux établissements situés à Madrid et Barcelone pour le calcul des seuils. L'Etat espagnol a mis en avant le caractère plus avantageux de la solution pour les travailleurs concernés. En effet, si le juge espagnol avait calculé le nombre de licenciements par établissement, le seuil d'effectif déclenchant la directive n'aurait pas été atteint. Après avoir rappelé que le principe demeure celui d'un calcul par établissement afin de ne pas priver « *le salarié d'un établissement de la protection à laquelle il aurait eu droit si*

³⁸⁸ CJUE, 30 avril 2015, *USDAW*, aff. C-80/14, point 63, Europe n° 6, juin 2015, comm. 241, note L. IDOT.

³⁸⁹ A-C. MONKAM, *La Cour de justice précise la notion d'établissement en matière de licenciement économique*, JSL 2015, n° 389.

³⁹⁰ CJUE, 30 avril 2015, *USDAW*, aff. C-80/14, *préc.*

³⁹¹ J. CAVALLINI, *Licenciement pour motif économique, une unité de production sans autonomie financière peut constituer un établissement au sens de la directive n°98/59*, JCP S 2007, n° 16, p. 1268.

l'on avait raisonné sur la notion d'établissement »³⁹², la Cour de justice a ensuite admis que l'entreprise peut constituer le périmètre du calcul des effectifs. Néanmoins, le périmètre de l'entreprise n'est admis qu'à titre « *additionnel* ». Il ne se substitue pas à l'établissement ; il lui est subsidiaire et ne doit être admis que s'il étend le champ de la protection prévue par la directive n°98/59/CE³⁹³.

289. France. – Le droit français, comme le droit espagnol, retient le périmètre de l'entreprise pour le calcul des seuils d'effectif en matière de licenciements collectifs³⁹⁴. Cette disposition, érigée en principe, est donc contraire à la directive du 20 juillet 1998³⁹⁵. De surcroît, en France, l'air du temps souffle vers une acception toujours plus large du périmètre de calcul pour y inclure plus certainement le lieu de la prise de décision. L'unité économique et sociale peut ainsi constituer le périmètre du calcul³⁹⁶. Le risque d'un recours devant la Cour de Justice paraît pourtant moindre que dans le cas de l'Espagne. En effet, la France ne définit jamais le nombre de licenciements en pourcentage contrairement au droit espagnol. La prise en compte de l'entreprise comme périmètre de calcul ne peut, dès lors, jamais s'avérer moins favorable que la prise en compte de l'établissement³⁹⁷.

290. U.S.A. – L'Union européenne n'appréhende le concept d'établissement ou d'entreprise que conceptuellement. Une autre solution existe et permettrait « d'objectiver » la notion d'établissement. A l'instar des seuils institués, un seuil géographique pourrait être retenu. Aux Etats-Unis, l'établissement – périmètre – dans lequel doit s'apprécier le nombre des licenciements collectifs correspond à un diamètre de cent-vingt « *miles* » autour du lieu de la prise de décision³⁹⁸.

Si les conditions d'application de la directive sont réunies, naissent des obligations afférentes au dialogue social.

³⁹² CJUE, 13 mai 2015, *Canas*, aff. C-392/13, point 52 : Europe n°7, 2015, comm. 273, note L. IDOT.

³⁹³ CJUE, 13 mai 2015, *Canas*, aff. C-392/13 : JCP E n°21, 2015, act. 423.

³⁹⁴ La loi française est silencieuse mais la Cour de cassation retient le périmètre de l'entreprise de façon constante : Cass. Soc. 26 février 2003, n° 01-4.030.

³⁹⁵ A. FABRE, *Périmètre des licenciements collectifs au sens de la directive 98/59*, RDT 2015, p. 400.

³⁹⁶ Cass. Soc. 16 novembre 2010, n° 09-69.485.

³⁹⁷ S. LAULOM, *Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs*, SSL supplément 2015, n° 1702.

³⁹⁸ W. B. GOULD IV, *A primer on American Labor Law*, 5th ed. Cambridge University Press.

Sous-section 2 : Le contenu du dialogue social

291. Le cœur. – « *Le dialogue social est au cœur de la procédure de licenciements collectifs* »³⁹⁹. Les termes du dialogue sont à la hauteur des enjeux : la procédure instituée est plus lourde qu'en matière de transfert. Son objectif est d'éviter les licenciements et subsidiairement d'en atténuer les conséquences⁴⁰⁰.

292. Information et consultation, accord. – Contrairement à la directive du 12 mars 2001 portant sur le transfert d'entreprise, la directive du 20 juillet 1998 constitue l'une des moutures les plus nourries des divers dialogues institués par les directives de l'Union européenne.

293. La consultation est présente dans le texte de la directive⁴⁰¹ en sus de la formule classique instaurant une « *consultation en vue d'aboutir à un accord* »⁴⁰². La consultation est donc certaine. Elle permet aux représentants des travailleurs d'appréhender le dialogue social (**§1**). La volonté de parvenir à un accord en constitue l'aboutissement (**§2**).

§1. – L'appréhension du dialogue social

294. Teneur du droit, nature du droit. – Seront étudiées la teneur (**I**) et la nature (**II**) du droit d'information et de consultation des représentants des travailleurs.

I. La teneur du droit d'information et de consultation

295. Information et consultation. – L'information constitue le préalable nécessaire et inévitable (**A**) pour une véritable consultation (**B**).

³⁹⁹ S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF Thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 451.

⁴⁰⁰ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 418.

⁴⁰¹ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §2 et §3.

⁴⁰² Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §1.

A) Le préalable inévitable de l'information

296. Le Professeur Rodière souligne que l'information se doit d'être, en toutes circonstances et plus particulièrement en matière de licenciements collectifs, « *suffisamment complète et détaillée* »⁴⁰³.

297. Plusieurs éléments prévus par la directive du 20 juillet 1998 constituent un socle minimal d'informations (1) qui fait l'objet d'une interprétation extensive par la Cour de justice (2).

1) *Les éléments d'information*

298. Liste non-exhaustive. – La directive du 20 juillet 1998 prévoit une liste non-exhaustive (b) d'informations diverses (a).

a) *La liste des informations*

299. Les indications de la directive 98/59/CE sont « *le canevas* » des procédures de licenciement collectif pour chacun des Etats membres⁴⁰⁴. La directive du 20 juillet 1998 opère une énumération des informations à fournir aux représentants des travailleurs « *en tout cas* » et « *par écrit* »⁴⁰⁵.

300. Motifs. – Les motifs du projet de licenciement doivent être communiqués. Un parallèle peut être fait avec la définition du licenciement économique. Il s'agira pour l'employeur de transmettre les informations concernant les difficultés économiques qui ont entraîné sa décision et d'expliquer le caractère de contrainte de cette dernière⁴⁰⁶.

301. Nombre et catégories des travailleurs. – Ces informations sont cruciales concrètes. Combien et quel type de travailleurs la direction envisage-t-elle de licencier ? Combien et quel type de travailleurs sont « *habituellement employés* » ? Ces informations permettent de vérifier le franchissement des seuils imposés par la directive, qu'il s'agisse d'un seuil fixe ou

⁴⁰³ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 417.

⁴⁰⁴ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union européenne – Relations individuelles de travail – Modification et cessation du contrat de travail*, J-CI : 605-2.

⁴⁰⁵ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §3 b).

⁴⁰⁶ Cf. Sous-section 1 sur l'absence de volonté de l'employeur de procéder aux licenciements.

du *ratio* entre le nombre des licenciements et le nombre des travailleurs habituellement employés.

302. Une interrogation a pu surgir à propos l'application de l'expression « *habituellement employés* » aux travailleurs temporaires ou titulaires de contrats à durée déterminée. Leur prise en compte dans le calcul des effectifs peut s'avérer défavorable à la collectivité des travailleurs. En effet, lorsque le franchissement du seuil est un pourcentage du nombre total de travailleurs, une conception large de ce nombre rend mathématiquement le franchissement du seuil plus difficile à franchir, ce qui prive les travailleurs des dispositions protectrices de la directive. Même dans l'hypothèse où ils ne seraient pas pris en compte pour le franchissement du seuil, il semble toutefois que les informations les concernant doivent être transmises afin de déterminer précisément quelles catégories de travailleurs sont impactées et dans quelle proportion.

303. Période des licenciements. – Tout aussi cruciale, la période pendant laquelle l'employeur envisage de procéder aux licenciements doit être également communiquée aux représentants du personnel. Un exposé global du calendrier de la procédure est nécessaire.

304. Critères d'ordre des licenciements. – La directive impose à l'employeur de fournir aux représentants des travailleurs « *les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier dans la mesure où les législations et/ou pratiques nationales en attribuent la compétence à l'employeur* »⁴⁰⁷. La manière dont a été arrêté l'ordre des licenciements doit donc être parfaitement transparente.

305. La formulation choisie par la directive amène trois remarques. D'abord, la détermination des critères d'ordre peut ne pas relever de la compétence de l'employeur. L'Administration peut jouer ce rôle. Ensuite, la directive impose que des critères soient mis en place ; l'ordre des licenciements est ainsi conçu comme devant être objectif. Etant donné le caractère contraint des licenciements, l'employeur n'a pas le pouvoir de choisir discrétionnairement les travailleurs à licencier. Enfin, la directive est silencieuse sur le périmètre d'application des critères d'ordre. La question, pourtant fondamentale, n'est pas tranchée par le législateur européen. Une certaine logique pourrait conduire à ce que le périmètre des critères d'ordre recouvre celui du calcul des seuils, soit l'établissement concerné par les licenciements collectifs. Tel n'est pas le cas en France où la déconnexion entre « *l'économie et le droit (...)*

⁴⁰⁷ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §3, b), vi).

suscite l'incompréhension tant chez les employeurs que parmi les salariés »⁴⁰⁸. La loi du 6 août 2015 a réformé le périmètre des critères d'ordre. Elle permet à l'employeur de le resserrer unilatéralement⁴⁰⁹ jusqu'à la « zone d'emploi », notion définie par l'INSEE⁴¹⁰. L'établissement ne peut être choisi comme périmètre des critères d'ordre que si le plan de sauvegarde de l'emploi est adopté par accord majoritaire⁴¹¹.

306. Méthode de calcul des indemnités. – La méthode de calcul d'une indemnité de licenciement autre que celle prévue par la loi ou la pratique nationale doit enfin faire l'objet d'une information. Ni l'indemnité légale, ni l'indemnité conventionnelle ne sont concernées. La directive vise ici les indemnités « *autre[s]* », c'est-à-dire versées par l'employeur en plus de ce que prévoit la loi ou la convention collective. L'opacité concernant des versements additionnels ne serait pas tolérée.

b) Par-delà la liste

307. Liste non-exhaustive. – Contrairement à la directive du 12 mars 2001 portant sur le transfert qui fournit à l'employeur une liste limitative d'informations à communiquer, la directive du 20 juillet 1998 commande à l'employeur de fournir, en sus de la liste, « *tous renseignements utiles* »⁴¹². L'employeur doit donc être vigilant et fournir une information complète et détaillée tout en ne sombrant pas dans des détails vétilleux ; il s'agit de fournir « *toutes les données pertinentes* »⁴¹³. Les expressions sont variables selon les arrêts et les auteurs mais il est certain que l'employeur doit surtout s'attacher à préserver l'effet utile de l'information pour que les représentants des travailleurs puissent se prononcer en toute connaissance de cause, ce qui implique que l'ensemble des renseignements soient apportés « *en temps utile* ».

308. Verba volant, scripta manent. – Un écrit n'est exigé que pour les informations énumérées par la directive. Ainsi, les renseignements utiles non-cités par la directive peuvent

⁴⁰⁸ P. MORVAN, *Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015*, JCP S n°38, 15 septembre 2015, 1320.

⁴⁰⁹ C. trav., art. L1233-5 al. 8 à 10.

⁴¹⁰ <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/zone-emploi.htm>.

⁴¹¹ C. trav., art. L1233-24-2 2°.

⁴¹² Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §3, a).

⁴¹³ F. KESSLER, *Licenciement collectif, information et consultation du comité d'entreprise et recours individuel du salarié*, Dr. Soc. 2009, p. 1217.

être fournis par tous moyens par l'employeur. Nonobstant la souplesse offerte par le législateur européen, il est sage pour l'employeur de se ménager une preuve écrite de la fourniture des informations, qu'il s'agisse d'un écrit classique ou numérique.

309. La Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur le contenu de l'information dans le cadre d'un contentieux en Belgique.

2) *Transpositions et méthode d'interprétation*

310. Mauvaise transposition. – La Belgique n'a pas transposé correctement la liste prévue par la directive. Sa législation ignorait notamment la communication par écrit des motifs du licenciement, du nombre et des catégories de travailleurs concernés ainsi que les critères d'ordre appliqués⁴¹⁴. La Cour de justice rappelle d'abord l'absence d'effet direct horizontal des directives : « *Une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à son encontre, si bien que même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers* »⁴¹⁵.

311. « Voies d'interprétation pénétrables »⁴¹⁶. – Certes, l'harmonisation prévue par la directive du 20 juillet 1998 n'est que partielle, « *il n'en demeure pas moins que le caractère limité d'une telle harmonisation ne saurait priver d'effet utile les dispositions de ladite directive* »⁴¹⁷. La Cour de Luxembourg dispose ainsi de certains principes d'interprétation lui permettant de « *pallier les carences de la loi belge* ». Le juge national est soumis par la Cour de Luxembourg à l'obligation d'interprétation conforme. Il ne s'agit pas de prendre une décision *contra legem* mais d'utiliser toute la marge de manœuvre que « *l'ambiguïté du droit national* » lui laisse⁴¹⁸. La convention collective belge applicable à l'espèce prévoyait les obligations d'information manquant dans la loi. Cette dernière ne se substituait pas à la convention collective mais ajoutait à celle-ci. Dès lors, la Cour de justice a pu considérer que la directive était applicable même dans un litige opposant deux particuliers.

⁴¹⁴ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI.

⁴¹⁵ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08, point 59.

⁴¹⁶ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI.

⁴¹⁷ CJCE, 8 juin 1994, *Commission/Royaume-Uni*, C-383/92, Rec. I, p. 2479, point 25.

⁴¹⁸ CJCE, 4 juillet 2006, *Adeneler*, aff. C-212/04 : JCP S 2006, 1966, note F. BOUSEZ.

312. L'application de l'obligation d'interprétation conforme « *est utile dans un domaine, le droit social européen, qui concerne essentiellement les relations entre particuliers et où le recours à la directive est privilégié* »⁴¹⁹. Les juges nationaux gardent cependant un penchant naturel et compréhensible pour l'application pure et simple de leur droit national respectif. L'interprétation conforme suppose un effort de recherche mais surtout une volonté loin d'être omniprésente. Peut être cité en exemple la résistance des juges quant à l'information directe des travailleurs en cas de transfert d'entreprise⁴²⁰.

313. Probablement en raison des enjeux – l'emploi des travailleurs – l'information est l'une des plus complètes prévues par les directives sociales de l'Union européenne ; elle débouche sur des consultations dont la portée ne saurait être ignorée.

B) Des consultations multiples et nourries

314. La Cour de justice le martèle : « *l'impossibilité d'éviter les licenciements ne justifie pas l'absence de consultation* »⁴²¹. Une telle solution se justifie car les objectifs de la consultation vont au-delà de la volonté d'éviter les licenciements (1). Le temps de la consultation est, quant à lui, soumis à un régime particulièrement encadré par la Cour de justice (2).

1) Les objectifs des consultations

315. Objectifs inhérents aux licenciements. – La directive prévoit que l'objet de la consultation concerne d'abord « *les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs* »⁴²². Le dialogue social concerne donc « *l'existence même des licenciements envisagés* »⁴²³. L'ordre n'est pas anodin. Cet objectif est le plus important de la consultation.

316. Objectifs attachés aux conséquences des licenciements. – Si, malgré tout, des licenciements doivent avoir lieu, le législateur européen s'est attaché à réduire leurs

⁴¹⁹ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI.

⁴²⁰ Cf. *supra*.

⁴²¹ CJCE, 12 octobre 2004, *Commission/Portugal*, aff. C-55/02, cité dans P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 418.

⁴²² Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §2.

⁴²³ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

conséquences néfastes. La directive impose que la consultation envisage, « *notamment* », les « *mesures sociales d'accompagnement visant [...] l'aide au reclassement ou à la reconversion* »⁴²⁴. Pour la doctrine, la directive comprend nécessairement l'obligation de mettre en place un « *plan social ou de sauvegarde de l'emploi* »⁴²⁵. En revanche, l'adverbe « *notamment* » laisse supposer que l'aide au reclassement ou à la reconversion ne sont que des exemples de mesures que l'employeur peut prendre. Il ne s'agit pas de mesures qu'il doit prendre sous peine « *d'invalidation de la consultation* »⁴²⁶. Il n'est pas certain que la Cour de justice, éventuellement saisie de la question, puisse vérifier la présence de mesures suffisamment denses prévues par l'Etat car la directive 98/59/CE reste avant tout un dispositif d'harmonisation des procédures.

317. L'exemple du reclassement français. – Le reclassement n'étant mentionné qu'à titre d'exemple, le législateur français a pu nuancer le contenu de l'obligation de reclassement sans porter atteinte à la directive du 20 juillet 1998. La loi du 6 août 2015 permet aux entreprises « *d'ancrer l'obligation de reclassement dans le territoire national* »⁴²⁷. Lorsque l'entreprise procédant aux licenciements appartient à un groupe, l'employeur n'a plus à rechercher un reclassement à l'international que si le salarié, préalablement sollicité par l'employeur⁴²⁸, en fait la demande⁴²⁹.

318. Si la Cour de justice ne peut entrer que partiellement dans le contenu des plans sociaux, elle a en revanche exercé un contrôle de la procédure et singulièrement du temps de la procédure.

⁴²⁴ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §2.

⁴²⁵ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-Cl : 611.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ P. MORVAN, *Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015*, JCP S n°38, 15 septembre 2015, 1320.

⁴²⁸ Y. PAGNERRE, E. VIVIEN, *Procédure de reclassement à l'étranger*, JCP S n° 4, 15 mars 2016, 1033.

⁴²⁹ C. trav., art. L.1233-4 et L.1233-4-1.

2) *Le temps des consultations*

319. Redondance. – L'employeur est tenu de procéder « *en temps utile* »⁴³⁰ à des consultations et de fournir, au cours des consultations, toutes les informations utiles « *en temps utile* »⁴³¹ aux représentants des travailleurs. L'harmonisation des procédures étant l'objectif premier de la directive 98/59/CE, la Cour de justice s'est trouvée en mesure de préciser considérablement ses dispositions.

320. Élément déclencheur. – En matière de transfert, la prise de décision déclenche la procédure d'information et de consultation qui doit être réalisée avant le transfert effectif des travailleurs. La logique est autre en matière de licenciements collectifs. La Cour de justice a consacré, sur le fondement de la directive 98/59/CE, le principe selon lequel la consultation doit intervenir avant la décision de licencier. L'article 2, §1 de la directive impose le déclenchement de la procédure dès que l'employeur « *envisage d'effectuer des licenciements* ». La Cour de justice en a justement déduit que les consultations doivent s'opérer avant que la décision de licencier soit adoptée : « *les obligations de consultation et de notification naissent antérieurement à une décision de l'employeur de résilier des contrats de travail* »⁴³².

321. La procédure ne devra être engagée ni trop tard ni trop tôt⁴³³. Elle est enfermée entre son effet utile et sa raison d'être⁴³⁴. Plus précisément, la procédure est tardive si la décision – non pas de licencier mais celle impliquant inévitablement les licenciements – a déjà été prise. La procédure sera prématurée si les licenciements « *ne sont qu'une probabilité et que les facteurs pertinents pour une consultation ne sont pas connus* »⁴³⁵. Ainsi, « *par souci de souplesse* »⁴³⁶, le point de départ des consultations n'implique pas que l'employeur soit en mesure de fournir

⁴³⁰ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §1.

⁴³¹ Dir. n° 98/59/CE, art. 2, §3 al. 1^{er}.

⁴³² CJCE, 27 janvier 2005, *Junk*, C-188/03, Rec. p. I-885 ; Europe 2005, n°85, obs. L. IDOT, point 37.

⁴³³ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁴³⁴ B. KRIEF, *Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel*, JCP S 2014, 1090.

⁴³⁵ CJCE, 10 septembre 2009, *AEK « Akavan »*, aff. C-44/08, Europe 2009, n° 417, obs L. DRIGUEZ ; JCP S, 2009, n° 1493, obs E. JEANSEN. RJS 2009 KESSLER, points 46 et 47.

⁴³⁶ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union européenne – Relations individuelles de travail – Modification et cessation du contrat de travail*, J-CI : 605-2.

aux représentants des travailleurs toutes les informations mentionnées par la directive 98/59/CE.

322. Péripéties. – En cas de déclenchement précoce, l'information doit être complétée « *en temps utile au cours des consultations* »⁴³⁷. Les termes employés par la directive « *indiquent que l'obligation d'information ne s'épuise pas avec l'ouverture de la procédure* »⁴³⁸. L'employeur doit compléter l'information jusqu'au dernier instant.

323. En outre, tout au long de la procédure, « *les représentants du personnel sont les mieux placés* »⁴³⁹ pour formuler des propositions constructives afin de limiter ou accompagner les licenciements⁴⁴⁰.

324. Dénouement. – La clôture de la procédure autorise l'employeur à procéder aux licenciements⁴⁴¹. En revanche, le manquement de l'employeur à ses obligations d'information et de consultation emporte la suspension des licenciements. Le dialogue social afférent aux licenciements acquiert, de ce fait, une dimension primordiale aux yeux de l'employeur qui ne pourra y échapper s'il veut mener à bien son projet. Il en va de « *l'effet utile de l'article 2* » de la directive du 20 juillet 1998⁴⁴². Certains auteurs ont cependant relevé une contradiction : la consultation dans la filiale serait privée d'effet utile dans tous les cas dès lors que la décision émane de la société mère. Certes, si la décision émane de la mère, la filiale n'est pas exonérée de son obligation d'information et de consultation de ses propres représentants des travailleurs. Néanmoins, la décision de la mère peut constituer un acte impliquant forcément des licenciements, rendant fatalement la procédure tardive quoi que fasse l'employeur⁴⁴³.

⁴³⁷ CJCE, 10 septembre 2009, *AEK « Akavan »*, aff. C-44/08, Europe 2009, n° 417, obs L. DRIGUEZ ; JCP S 2009, n° 1493, obs E. JEANSEN. RJS 2009 KESSLER, points 51 à 54.

⁴³⁸ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁴³⁹ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI.

⁴⁴⁰ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union européenne – Relations individuelles de travail – Modification et cessation du contrat de travail*, J-CI : 605-2.

⁴⁴¹ CJCE, 10 septembre 2009, *AEK « Akavan »*, aff. C-44/08, Europe 2009, n° 417, obs L. DRIGUEZ ; JCP S 2009, n° 1493, obs E. JEANSEN. RJS 2009 KESSLER, point 70.

⁴⁴² N. MOIZARD, *Droit social de l'Union européenne – Relations individuelles de travail – Modification et cessation du contrat de travail*, J-CI : 605-2.

⁴⁴³ S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 452.

II. La nature du droit d'information et de consultation

325. Sanctions – La nature du droit d'information et de consultation a été appréhendée par la Cour de justice par le truchement de sa sanction. Comme à l'accoutumée, il appartient aux États membres de veiller « à ce que les représentants des travailleurs et/ou les travailleurs disposent de procédures administratives et/ou juridictionnelles aux fins de faire respecter les obligations prévues par la présente directive »⁴⁴⁴. A la lecture de cet article, peuvent être titulaires d'un droit d'action les représentants des travailleurs « et/ou » les travailleurs. La directive ne permet pas de connaître la nature du droit ; la Cour de justice a tranché la question.

326. Nature collective. – Dans son arrêt du 16 juillet 2009, la Cour de justice s'est prononcée sur le droit d'agir en justice des travailleurs belges. La Belgique laissait la possibilité d'agir en justice afin de contester la mauvaise exécution de l'obligation d'information et de consultation des représentants des travailleurs et des travailleurs eux-mêmes. Néanmoins, ces derniers ne pouvaient agir que dans un très bref délai et uniquement si les représentants du personnel avaient préalablement notifié une irrégularité de la procédure. Dès lors que les représentants du personnel ne relevaient aucune objection, aucun droit d'action individuel n'était reconnu au travailleur. Une telle transposition peut sembler contestable au regard du « principe général du droit à une sanction efficace »⁴⁴⁵. Tout système procédural se doit d'assurer l'effet utile du droit européen⁴⁴⁶. En outre, il contrevient, *a priori*, au droit d'accès au juge tel qu'énoncé par la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁴⁷.

327. Pour déterminer la nature du droit, la Cour de justice use d'une interprétation téléologique, c'est-à-dire en fonction des buts poursuivis par le texte en cause. L'objectif de la directive est de permettre de limiter les licenciements ou leurs effets. Par conséquent, selon la Cour de Luxembourg, une vision globale des intérêts en présence est nécessaire : il s'agit d'un droit de nature collective qui ne s'adresse pas « aux travailleurs pris individuellement »⁴⁴⁸. Ainsi que l'affirme Monsieur Cavallini, « le droit d'information et de consultation institué par la directive a [...] une nature collective car seuls les représentants des travailleurs sont à

⁴⁴⁴ Dir. n° 98/59/CE, art. 6.

⁴⁴⁵ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI.

⁴⁴⁶ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05 : Europe 2007, comm. 128, note D. SIMON.

⁴⁴⁷ Conv. EDH, art. 6, §1.

⁴⁴⁸ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, éd. LexisNexis 2013, 3^{ème} édition, p. 595.

même d'œuvrer dans le sens souhaité par l'Europe »⁴⁴⁹. Le principe communautaire du droit à un recours efficace n'est applicable que pour les droits dont la directive entend assurer la réalisation. Le droit individuel d'information et de consultation des travailleurs n'est pas interdit mais n'intègre pas le dessein général de la directive 98/59/CE.

328. La nature collective du droit est d'autant plus certaine que l'information et la consultation doivent être réalisées en vue d'aboutir à un accord.

§2. – L'aboutissement du dialogue social

329. Orientation du dialogue. – L'accent est mis sur la négociation. A ce titre, « *un dialogue doit se nouer orienté vers la recherche d'accord* »⁴⁵⁰. Seront considérées l'obligation de rechercher un accord (I) et sa réception par les Etats membres (II).

I. L'obligation de rechercher un accord

330. Une obligation ferme. – L'obligation de rechercher un accord est primordiale. D'une part, elle est conçue par le texte comme l'objectif ultime de toute la procédure d'information et de consultation. Tout doit être fait pour « *aboutir à un accord* »⁴⁵¹. Divers indices témoignent de cette volonté de parvenir à un accord. Les consultations doivent avoir lieu en temps utile pour que les représentants des travailleurs puissent faire « *des propositions constructives* »⁴⁵². D'autre part, le soin qu'a pris le législateur européen dans la définition des objectifs des consultations atteste de la finalité du dialogue. L'emploi du pluriel concernant les consultations corrobore l'analyse. « *L'aspect procédural est important* »⁴⁵³. Il faudra, *a minima*, deux consultations ; l'une pour recevoir les propositions constructives, l'autre pour y apporter une réponse.

⁴⁴⁹ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI.

⁴⁵⁰ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 418.

⁴⁵¹ Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §1.

⁴⁵² Dir. n° 98/59/CE, art. 1, §3 al. 1^{er}.

⁴⁵³ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

II. La réception de l'obligation par les Etats membres

331. L'obligation de rechercher un accord en matière de licenciement collectif a trouvé un écho plus important parmi les Etats membres qu'en matière de transfert d'entreprise. La gravité des enjeux explique sans doute cette différence.

332. Le propos sera limité à deux exemples⁴⁵⁴ : le Royaume-Uni qui a déjà été concerné directement par une condamnation de la Cour de justice à ce sujet (A) et la France dont l'actualité relative aux accords de maintien de l'emploi mérite l'attention (B).

A) Le Royaume-Uni

333. Transposition légère. – Le droit anglais imposait simplement à l'employeur de consulter les représentants des travailleurs à propos des licenciements. L'employeur devait, pour s'acquitter de son obligation, « *prendre en considération les observations des représentants* », y « *répondre* » et, le cas échéant, justifier sa décision d'écarter ces observations⁴⁵⁵.

334. Transposition insuffisante. – La Cour de Luxembourg juge ces dispositions insuffisantes au regard de la directive du 20 juillet 1998. De plus, le gouvernement du Royaume-Uni reconnaissait que sa législation n'est pas conforme à la directive sur ces points. Le juge estime d'ailleurs que pour caractériser le manquement, « *il suffit de relever que les dispositions de l'EPA n'imposent pas à l'employeur de consulter les représentants des travailleurs « en vue d'aboutir à un accord », comme l'exige l'article 2, paragraphe 1, de la directive, et ne précisent pas que les consultations doivent porter, au moins, « sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences », comme l'exige l'article 2, paragraphe 2, de la directive* »⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Pour une étude de la codétermination en droit allemand, V. P. REMY, *Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand*, Dr. Soc. 2008, p. 902.

⁴⁵⁵ N. MOIZARD, *Droit social de l'Union européenne – Relations individuelles de travail – Modification et cessation du contrat de travail*, J-CI : 605-2.

⁴⁵⁶ CJCE, 8 juin 1994, *Comm. c/ Royaume-Uni*, aff. C-383/92, points 34 à 36.

B) La France

335. PSE. – Les dispositions concernant le plan de sauvegarde de l’emploi français sont conformes au droit européen en la matière et s’avèrent même plus protectrices que la directive 98/59/CE⁴⁵⁷. Cependant, ce sentiment de supériorité, que partagent tous les Etats dont le niveau de garanties sociales est élevé, se traduit par une certaine inertie sur certains dispositifs secondaires dont la conformité à la directive est plus discutable.

336. Accords de maintien de l’emploi. Un doute important existe concernant les accords de maintien de l’emploi. Ce dispositif permet aux entreprises qui font face à de graves difficultés économiques conjoncturelles d’aménager la durée du travail et la rémunération en échange de l’engagement de l’employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité des accords⁴⁵⁸. L’accord est conclu valablement s’il réunit la signature des organisations syndicales représentatives ayant obtenu la majorité des voix versées en faveur d’organisations syndicales représentatives lors du premier tour des dernières élections professionnelles. L’employeur peut licencier les salariés qui refusent l’application de cet accord. La loi du 6 août 2015 a précisé que le licenciement intervient alors pour motif économique et qu’il repose sur une cause réelle et sérieuse⁴⁵⁹. Cette rupture intervient sans le consentement du travailleur et pour des raisons économiques ; elle intègre donc le champ de la directive du 20 juillet 1998.

337. L’information et la consultation des représentants des travailleurs sont nécessaires. Or, la loi du 17 août 2015 dispose que l’employeur n’est plus tenu de consulter le comité d’entreprise sur les projets d’accord collectif⁴⁶⁰. L’accord de maintien de l’emploi n’est donc pas conforme à la directive du 20 juillet 1998. Certains auteurs se sont demandé si la négociation de l’accord de maintien de l’emploi pouvait en elle-même être assimilée au dialogue social imposée par la directive du 20 juillet 1998⁴⁶¹. L’assimilation s’avère complexe. Pour qu’elle s’opère, l’intégralité des informations prévues par la directive devrait

⁴⁵⁷ C. trav., art. L1233-28 et s.

⁴⁵⁸ C. trav., art. L5125-1.

⁴⁵⁹ C. trav., art. L5125-2.

⁴⁶⁰ C. trav., art. L.2323-2.

⁴⁶¹ G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz 2015, p. 515.

être fournie aux représentants des travailleurs, ce qui est loin d'être évident lors de la négociation d'un accord de maintien de l'emploi⁴⁶².

338. Motif *sui generis*, OIT. – Le motif *sui generis* de la rupture est un motif valable⁴⁶³. Le Professeur Morvan souligne sa validité au regard de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail, ratifiée par la France⁴⁶⁴. L'absence d'information et de consultation, pour un licenciement qui entre le champ d'application de la directive 98/59/CE, demeure néanmoins une irrégularité au regard du droit de l'Union européenne.

339. Conclusion de la Section 2. – En définitive, l'employeur est « *triplement tenu : il doit informer, consulter, rechercher l'accord des représentants du personnel* »⁴⁶⁵. La suspension des licenciements jusqu'à la réalisation complète de ses obligations est une sanction redoutablement efficace qui fait de la directive du 20 juillet 1998 le socle solide d'une procédure constituant un plancher pour tous les Etats membres. Le droit du licenciement collectif a d'abord connu une régulation grâce au législateur européen⁴⁶⁶. Il subit désormais une adaptation par la Cour de justice qui, tout en accroissant son contrôle, met en balance les directives sociales avec les objectifs économiques du Traité de Rome.

⁴⁶² S. LAULOM, *Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs*, SSL supplément 2015, n°1702.

⁴⁶³ P. MORVAN, *Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015*, JCP S n°38, 15 septembre 2015, 1320.

⁴⁶⁴ Conv. OIT n° 158, art. 4 : « *Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travail ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ».

⁴⁶⁵ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 417.

⁴⁶⁶ G. COUTURIER, *Quel avenir pour le droit de licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne* : Dr. soc. 1997, p. 75.

340. CONCLUSION DU CHAPITRE 2. – Les directives du 12 mars 2001 et du 20 juillet 1998 constituent la base du droit européen des restructurations. Une certaine rationalisation peut être opérée. La loi de transposition anglaise en est un parfait exemple. La « *Collective Redundancies and Transfer of Undertakings Protection of Employment Act* » transpose à la fois la directive relative au transfert et celle relative au licenciement pour motif économique en un seul et même texte. Ce dernier institue un régime unique des restructurations en matière de dialogue social d'entreprise avec les nuances qui s'imposent selon qu'il s'agit d'un transfert ou d'un licenciement collectif. L'élève dépasse ici le maître⁴⁶⁷ : il serait bon de réunir ces deux directives en une seule poursuivant le même objectif, à savoir protéger les travailleurs en cas de menaces sur l'emploi.

341. En effet, certains hiatus regrettables existent entre les deux textes. Ainsi, la notion de travailleur n'est pas entendue de façon identique dans l'un et l'autre. Alors que la directive 98/59/CE ne définit pas le travailleur, la directive 2001/23/CE prévoit qu'est un travailleur toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi. De même, l'obligation de parvenir à un accord n'est que peu considérée en matière de transfert par comparaison avec la matière des licenciements collectifs. Une unification permettrait de réduire l'ensemble des discordances, l'harmonisation des définitions constituant le meilleur « *moyen d'améliorer l'homogénéité et la cohérence de l'ensemble de ces directives [...] et de faciliter l'application du droit de l'Union* »⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ G. LYON-CAEN, *Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable ?* : Dr. soc. 1994, p. 926.

⁴⁶⁸ S. ROBIN-OLIVIER, *Information et consultation des travailleurs : questions autour de la portée des obligations résultant du droit de l'Union européenne*, RTD Eur. 2015, p. 445.

342. CONCLUSION DU TITRE I – Le premier volet du dialogue social d’entreprise en droit européen du travail s’efforce d’assurer la protection des travailleurs, qu’il s’agisse de leurs corps ou de leurs emplois. Le bilan de qualité réalisé par la Commission européenne en 2013 a notamment mis en lumière certaines carences, mais dans l’ensemble, les directives ont été considérées « *adaptées à leur finalité, c’est-à-dire qu’elles sont généralement pertinentes, efficaces, cohérentes et efficaces (les avantages qu’elles génèrent sont probablement supérieurs à leurs coûts)* »⁴⁶⁹.

343. Une fusion est envisagée par la Commission européenne entre trois directives : la directive 98/59/CE, la directive 2001/23/CE et la directive 2002/14/CE instituant un cadre général de l’information et la consultation. Cette fusion serait justifiée car la directive 2002/14/CE prévoit une définition de l’information et de la consultation, ce que ne font pas les deux autres. En outre, les trois directives visent « *une consultation en vue d’aboutir à un accord* ». Il est pourtant nécessaire de conserver une distinction claire entre ces directives. En effet, leurs objectifs divergent. Les directives concernant le transfert et le licenciement instituent un dialogue social car une situation particulière se réalise. L’emploi est en danger et les travailleurs se trouvent menacés. Or, la directive du 11 mars 2002 instituant un cadre général relatif à l’information et la consultation ne suppose aucune « situation d’urgence ».

344. Cette directive pose en réalité les prémisses d’une participation des travailleurs à la gestion de leur entreprise. Cet aspect du dialogue social d’entreprise peut paraître surprenant dans certains droits. Ainsi, le Professeur Gould s’interroge, exprimant un point de vue américain : « *How could individuals who had no « permanent stake » in the business become substantially involved in making decisions relating to it ?* »⁴⁷⁰. La même idée est exprimée dans l’article 2 de la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 qui fait référence aux « *prétendus intérêts communs* » entre entrepreneurs et ouvriers. Et pourtant, au-delà de la protection offerte par le dialogue social au travailleur conçu comme subordonné juridiquement à son employeur, il existe une place substantielle en droit européen pour la participation du travailleur à la gestion de l’entreprise.

⁴⁶⁹ SWD 2013, 293 final, 26 juillet 2013.

⁴⁷⁰ W. B. GOULD IV, *A primer on American Labor Law*, 5th ed. Cambridge University Press, pp. 10-11 : « Comment des individus qui n’ont aucune participation permanente dans l’entreprise pourraient être substantiellement impliqués dans les décisions de cette dernière ? »

TITRE II : LE DIALOGUE SOCIAL AU SERVICE DE LA PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS A LA GESTION DE L'ENTREPRISE

345. Participation, coopération, collaboration. – Si la protection des travailleurs est nécessaire, elle n'est pas suffisante pour que l'entreprise excelle. L'entreprise est une entité qui produit des richesses⁴⁷¹. De par le contrat de travail, le travailleur participe à cette production. Il met à la disposition de l'entreprise sa force de travail. Il participe au bon fonctionnement de celle-ci. Dès lors, une participation à sa gestion est fondée même si elle peut sembler paradoxale⁴⁷². Les grandes entreprises sont d'ailleurs très souvent enclines à mettre en avant la coopération du travailleur, considérant ce dernier comme un « *collaborateur* », voire un « *quasi-associé* »⁴⁷³.

346. Influence exogène, influence endogène. – Le travailleur, toujours, fait *partie* de l'entreprise, qu'il se tienne face aux organes de direction ou à leurs côtés. En témoigne l'existence d'un dialogue social *avec* les organes de direction (*Chapitre 1*) et d'un autre qui se tient *au sein même* de ces organes (*Chapitre 2*).

⁴⁷¹ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, éd. LexisNexis, 2014, p. 1 : L'entreprise est définie comme une « *organisation autonome de production de biens ou de services marchands* » (« *Entreprise* », in *Le Nouveau Petit Robert de la langue française: Le Robert 2008*, p. 893, sens I, 3). Comme le note Grégoire Duchange, « *l'accent est mis sur le résultat du travail* » ; P-Y. VERKINDT, *L'entreprise in Les notions fondamentales de droit du travail, sous la direction de B. TEYSSIE*, éd. Panthéon-Assas Colloques, 2009, pp. 43-44.

⁴⁷² G. DUCHANGE, .op. préc. p. 142 : « *Le salarié est un subordonné mais il peut participer, de manière paradoxale, au contrôle de son contrôleur* ».

⁴⁷³ *Ibid.* p. 2 ; la directive va donc au-delà de la simple volonté de concilier « *entre la protection des travailleurs et l'adaptation des entreprises aux changements qui les affectent* », P. LOKIEC et S. ROBIN-OLIVIER, *La transposition de la directive sur l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne*, RTD 2009, p. 466.

Chapitre 1 : Le dialogue social avec les organes de décision

347. Entreprise nationale, entreprise européenne. – Nulle entreprise ne peut échapper au dialogue social. Pour toutes les entreprises nationales, la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établit un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'Union européenne (**Section 1**). Pour tous les groupes ou entreprises de dimension européenne, est prévue depuis la directive 94/45/CE du 22 septembre 1994, abrogée et remplacée par la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009, la création d'une procédure ou d'un comité d'entreprise européens (**Section 2**).

Section 1 : Le dialogue social avec les organes de décision dans l'entreprise de dimension nationale

348. Droit fondamental. – La proclamation du droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise revêtent une certaine « *solemnité* »⁴⁷⁴, notamment grâce à sa présence au sein de la Charte des droits sociaux fondamentaux de 1989⁴⁷⁵ et dans celle des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2001⁴⁷⁶. Le cadre général du dialogue social dans les entreprises présentes sur le territoire de l'Union européenne n'a pourtant été posé qu'avec la directive 2002/14 du 11 mars 2002.

349. Entreprise nationale, contenu. – Toutes les entreprises implantées sur le territoire d'un Etat membre sont potentiellement concernées par la directive 2002/14/CE (**Sous-section 1**) intimant aux Etats la mise en place d'un dialogue social d'entreprise (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Champ d'application

350. Portée. – La directive offre, comme l'indique sa dénomination, un « *cadre général* » à l'information et à la consultation au sein des Etats membres de l'Union. En effet, la portée du texte dépasse la directive elle-même de la même façon que la directive-cadre du 12 juin 1989 irrigue les dispositions particulières en matière de santé. Ainsi, il était indispensable que le législateur définisse rigoureusement chacun des secteurs (**§1**) et des acteurs (**§2**) concernés.

⁴⁷⁴ P. RODIERE, *Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise*, SSL 2002, n°1098.

⁴⁷⁵ Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989, point 17 : « *L'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées, selon des modalités adéquates, en tenant compte des pratiques en vigueur dans les différents États membres. Cela vaut en particulier dans des entreprises ou des groupes comportant des établissements ou des entreprises situés dans plusieurs États membres de la Communauté européenne* ».

⁴⁷⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, article 27 : « *Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales* ».

§1. – Champ d’application matériel

351. Cible horizontale, articulation verticale. – L’application de la directive du 11 mars 2002 ne suppose pas que des circonstances matérielles particulières surviennent : il est uniquement nécessaire de définir une cible (I). La directive instaure un cadre général au dialogue social. Un effort d’articulation des normes est donc nécessaire (II).

I. La cible : l’entreprise

352. Toutes les entreprises sont concernées (A) même certains secteurs pourront échapper à la directive si telle est la volonté des Etats (B).

A) Principe

353. Un double-cadre attendu. – La directive se fit attendre. Alors que les premières directives en matière sociale furent adoptées dans les années 1970, le cadre général relatif à l’information et à la consultation ne fut adopté qu’en 2002⁴⁷⁷. La directive 2002/14/CE fait désormais doublement fonction de « *droit commun* »⁴⁷⁸. Elle encadre non seulement les droits nationaux mais aussi les droits spéciaux d’information et de consultation de l’Union européenne. A cet effet, elle s’attèle à l’exercice complexe de la définition.

354. Une entreprise. – L’entreprise est définie, « *de façon assez surprenante* »⁴⁷⁹ comme « *l’entreprise publique ou privée exerçant une activité économique, qu’elle poursuive ou non un but lucratif, située sur le territoire des États membres* »⁴⁸⁰. Il convient de noter le caractère partiellement tautologique de cette définition⁴⁸¹ qui permet, néanmoins, de tracer le premier cercle des personnes concernées. L’Etat et ses démembrements directs demeurent exclus du champ d’application de la directive. Les jours de l’exclusion sont cependant comptés, les partenaires sociaux européens ayant adopté un accord-cadre sur l’information et la

⁴⁷⁷ L’élément déclencheur fut l’affaire « Renault » dans laquelle plus de trois mille salariés découvrirent leurs licenciements dans la presse, V. M-A. MOREAU, *A propos de l’affaire Renault*, Dr. soc. 1997, p. 493 ; S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF Thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 397.

⁴⁷⁸ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l’entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁴⁷⁹ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l’Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 403.

⁴⁸⁰ Dir. n° 2002/14/CE, art. 2, a).

⁴⁸¹ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l’entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

consultation des fonctionnaires et employés des administrations centrales⁴⁸². Par ailleurs, peu importe que l'entreprise exerce ou non un but lucratif : les associations, syndicats, fédérations et autres instituts sont également concernés.

355. Un établissement. – L'établissement est « *une unité d'exploitation définie conformément à la législation et aux pratiques nationales, et située sur le territoire d'un État membre, dans laquelle est exercée de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens* »⁴⁸³. Il ne faut pas commettre l'erreur d'articuler ces deux définitions entre elles comme le droit français découpe l'entreprise en établissements distincts⁴⁸⁴. Les deux définitions sont autonomes : les Etats sont libres de choisir l'une ou l'autre notion comme périmètre des obligations instituées par la directive, voire de prévoir des exceptions au périmètre choisi.

356. Un groupe. – L'appartenance de l'entreprise à un groupe n'est pas envisagée par la directive du 11 mars 2002. Toutefois, à côté du groupe de dimension européenne, il subsiste une place pour la reconnaissance d'un cadre d'information et de consultation pour le groupe de dimension nationale. Certes, la prise de décision dans un groupe d'entreprises n'exclut en rien l'information et la consultation dans les entreprises qui composent le groupe⁴⁸⁵. Mais une information et une consultation complètes devraient pouvoir s'opérer au niveau du groupe. C'est ce que prévoit par exemple la France à travers les dispositions instituant le comité de groupe⁴⁸⁶. L'assimilation du groupe à une entreprise en droit de la concurrence abonde en ce sens⁴⁸⁷.

⁴⁸² Liaisons soc. Europe, 24 décembre 2015, n°391 : *Les partenaires sociaux européens adoptent un cadre pour l'information et la consultation.*

⁴⁸³ Dir. n° 2002/14/CE, art. 2, b).

⁴⁸⁴ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 403.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 404.

⁴⁸⁶ C. trav., art. L. 2331-1 s.

⁴⁸⁷ CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, aff. C-17/83, Rec. p. 2999. D'ailleurs, le groupe ne doit pas forcément être doté de la personnalité morale puisque même la notion d'entreprise ne l'exige pas : CJCE, 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, Rec. I, p. 1577.

B) *Exceptions facultatives*

357. Exceptions facultatives mais limitatives. – Les exceptions citées par la directive 2002/14/CE sont facultatives. Les Etats ne sont en rien obligés de les mettre en place. En revanche, les Etats ne sauraient instaurer des exceptions non prévues par la directive, sauf à remettre en cause « *la mise en œuvre du droit fondamental* » qu'elle représente⁴⁸⁸.

358. Haute-mer. – Cette première exception est laissée à la discrétion des Etats membres. Ainsi, ces derniers « *peuvent déroger à la présente directive en prévoyant des dispositions particulières applicables aux équipages des navires de haute mer* »⁴⁸⁹. Il s'agit d'une exception classique et bien connue au sein de l'Union européenne. « *Au dispositif d'information et de consultation peuvent être donnés des contours qui l'éloignent considérablement des normes de droit commun* »⁴⁹⁰.

359. Fins particulières. – Peuvent être exclus du champ d'application de la directive les entreprises ou établissements qui poursuivent des fins « *politiques, d'organisation professionnelle, confessionnelles, charitables, éducatives, scientifiques ou artistiques, ainsi que des fins d'information ou d'expression d'opinions* » si certaines conditions sont remplies⁴⁹¹. Il faut d'abord que l'entité exerce une activité consacrée « *directement et essentiellement* » à cette fin particulière. Il faut en outre qu'« *à la date d'entrée en vigueur de la présente directive, des dispositions de ce type existent déjà en droit national* ». Une difficulté survient : doit-on considérer que sont exigées des dispositions nationales excluant l'entreprise à finalité particulière du champ d'un dialogue national ou peut-on se satisfaire d'une disposition reconnaissant le caractère particulier de cette entreprise ? La réponse réside, comme toujours, dans la recherche de l'effet utile de la directive. L'alternative la plus contraignante sera, sans doute, retenue par la Cour de justice afin de limiter l'exception⁴⁹². La directive règle également le problème de son articulation avec le droit national et avec les autres directives sociales instituant des procédures particulières d'information et de consultation.

⁴⁸⁸ M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, éd. Larcier Europe(s), Manuels 2012, p. 275.

⁴⁸⁹ Dir. n° 2002/14/CE, art. 3, §3.

⁴⁹⁰ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 373.

⁴⁹¹ Dir. n° 2002/14/CE, art. 3, §2.

⁴⁹² Dir. n° 2002/14/CE, art. 3, §3 : l'exception devant être mise en œuvre « *dans le respect des principes et objectifs visés par la présente directive* ».

II. L'articulation des normes

360. Cadre général et droits nationaux. – L'articulation entre le droit de l'Union européenne et le droit national est classique et apparaît conforme à la définition d'une directive. Elle est un plancher, les dispositions nationales plus favorables aux travailleurs et ne portant pas atteinte à l'effet utile de la directive s'appliqueront donc pleinement⁴⁹³. Ce « principe de faveur » est conforté par la clause de non-régression incorporée à la directive⁴⁹⁴. La Cour de justice a cependant admis dans une affaire de discrimination⁴⁹⁵ que cette clause ne trouve application que si la régression résulte de la « mise en œuvre » de la directive et qu'elle porte atteinte « au niveau général de protection » des travailleurs⁴⁹⁶. Est en revanche plus particulière la nécessité d'articulation au sein même du droit de l'Union.

361. Cadre général et cadres européens. – La directive 2002/14/CE précise qu'elle ne porte atteinte ni « aux procédures d'information et de consultation spécifiques visées à l'article 2 de la directive 98/59/CE et à l'article 7 de la directive 2001/23/CE »⁴⁹⁷ ni « aux dispositions prises conformément aux directives 94/45/CE et 97/74/CE »⁴⁹⁸. Ainsi, la procédure d'information et de consultation de la directive du 11 mars 2002 n'exclut pas la mise en œuvre du dialogue social lié aux restructurations, qu'elles prennent la forme d'un transfert ou d'un licenciement collectif. En effet, les objectifs de ces directives diffèrent. L'une associe les travailleurs tandis que les autres les protègent. La procédure instituée par la directive 2002/14/CE n'exclut pas non plus la mise en place du comité d'entreprise européen dans tous les Etats membres sans exception⁴⁹⁹. Doit être notée la référence obsolète à la directive de 1994 alors qu'elle a été abrogée et remplacée par la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009.

⁴⁹³ Dir. n° 2002/14/CE, art. 9, §3 : « La présente directive ne porte pas atteinte à d'autres droits d'information, de consultation et de participation existant dans les législations nationales ».

⁴⁹⁴ Dir. n° 2002/14/CE, art. 9, §4 : « La mise en œuvre de la présente directive ne constitue pas un motif suffisant pour justifier une régression par rapport à la situation existant dans les États membres et relative au niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par celle-ci ».

⁴⁹⁵ La clause de non-régression est présente dans les directives 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et 2000/43/CE du 29 juin 2000 instituant un principe d'égalité entre les travailleurs.

⁴⁹⁶ CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09 : JCP S 2010, 1421, note J. CAVALLINI.

⁴⁹⁷ Dir. n° 2002/14/CE, art. 9, §1.

⁴⁹⁸ Dir. n° 2002/14/CE, art. 9, §2.

⁴⁹⁹ L'article 9, §2 de la directive 2002/14/CE vise spécifiquement la directive 97/74/CE qui étend au Royaume-Uni l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise européen.

362. Cette dernière articulation pose plus de problèmes qu'elle n'en résout : *quid*, par exemple, de l'articulation avec les dispositions relatives aux sociétés européennes ?⁵⁰⁰

363. Le périmètre d'application de la directive du 11 mars 2002 comporte par ailleurs un volet personnel.

§2. – Champ d'application personnel

364. **Employeur, travailleurs.** – Les deux acteurs du dialogue social d'entreprise sont présents : l'employeur d'une part (I), les travailleurs et leurs représentants d'autre part (II).

I. Employeur

365. L'employeur est défini comme « *la personne physique ou morale partie aux contrats ou relations de travail avec les travailleurs, conformément à la législation et aux pratiques nationales* »⁵⁰¹. La vision contractualiste est « *classique* »⁵⁰² dans les directives sociales : l'employeur est le cocontractant des travailleurs, le détenteur de « *la relation de travail* », donc le responsable de la mise en œuvre de la directive une fois la transposition accomplie.

II. Les travailleurs et leurs représentants

366. **Définitions.** Les travailleurs et leurs représentants sont définis par renvoi aux législations nationales⁵⁰³. « *Toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi et conformément aux pratiques nationales* » est un travailleur au sens de la directive. Malgré la définition *a priori* nationale du travailleur, « *l'article 11 de la directive 2002/14 prévoit que les États membres ont l'obligation de prendre toutes les dispositions nécessaires pour leur permettre d'être toujours en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive* »⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ La question sera abordée lors de l'étude des sociétés de type européen, leur volet social instituant quelques éléments de réponse.

⁵⁰¹ Dir. n° 2002/14/CE, art. 2, c).

⁵⁰² P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁵⁰³ Dir. n° 2002/14/CE, art. 2, d) et e).

⁵⁰⁴ CJCE, 18 janvier 2007, *CGT*, aff. C-385/05, Rec. p. I-611, point 14.

367. Sont des représentants des travailleurs au sens de la directive ceux « prévus par les législations nationales ». L'absence totale de critères n'est pas opportune car elle autorise certains Etats à opter pour une « constellation » de représentants⁵⁰⁵, dispersant ainsi l'information⁵⁰⁶.

368. Seuils alternatifs. – La directive du 11 mars 2002 fixe surtout le nombre de travailleurs à partir duquel elle trouve application. Une alternative est prévue pour répondre aux diverses cultures des Etats membres. Si l'Etat choisit le périmètre de l'entreprise, la directive s'applique dès que sont employés au moins cinquante travailleurs ; si l'Etat choisit l'établissement, le seuil d'application est ramené à vingt travailleurs. Le décompte du seuil s'effectue « dans un Etat membre », c'est-à-dire Etat par Etat. Il incombe par ailleurs aux Etats membres de déterminer « le mode de calcul des seuils de travailleurs employés »⁵⁰⁷.

369. Limites. – L'application d'un seuil d'effectifs suffisamment élevé est justifiée par la volonté d'éviter l'application de la directive aux très petites entreprises afin de préserver le tissu économique fragile qu'elles constituent⁵⁰⁸. Cependant l'ingénierie sociétaire met quelque peu à mal la pertinence d'abandonner aux Etats le choix du périmètre de calcul. De grandes entreprises au maillage territorial étendu mais constituées d'une myriade de petits établissements de moins de vingt travailleurs ont vu le jour. Il s'agit notamment des services d'aide à domicile⁵⁰⁹.

370. Incertitudes. – La conception de l'entreprise acceptée par la Cour de justice est tellement large qu'elle permet de s'interroger sur une éventuelle jonction ponctuelle avec la notion de travailleur ou de représentant. Le travailleur fournit un travail contre rémunération. La subordination lui fait intégrer une entité économique ; il ne la constitue pas. « *Même pris collectivement* », des travailleurs portuaires assurant leur prestation de travail dans un rapport d'association ne constituent pas une entreprise⁵¹⁰. Certains s'interrogent néanmoins sur le sportif de haut niveau ou les personnes en relation de travail avec un donneur d'ordre. Ne

⁵⁰⁵ B. TEYSSIE, *Vers un renouveau du droit de la représentation du personnel*, JCP S 2015, 1163.

⁵⁰⁶ F. FAVENNEC-HERY, *L'information du comité d'entreprise*, JCP S 2015, 1164.

⁵⁰⁷ Dir. n° 2002/14/CE, art. 3, §1.

⁵⁰⁸ Dir. n° 2002/14/CE, préambule, considérant 19.

⁵⁰⁹ S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF Thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 398.

⁵¹⁰ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec. I-5889, point 13.

pourraient-ils pas être soumis au droit de la concurrence en tant qu'entité économique ?⁵¹¹ De la même façon, il faut s'interroger sur la nature de certaines entités de représentation des travailleurs qui atteignent parfois des tailles considérables, ce qui les amène à recruter des travailleurs afin d'assurer leur gestion. La qualification d'entreprise pourrait ainsi émerger à l'endroit où l'on s'y attend le moins.

371. La possibilité laissée à l'Etat d'évincer l'entreprise en tant que périmètre de calcul apparaît contestable, notamment car le contenu du dialogue prévu par la directive constitue la mise en œuvre minimale d'un droit fondamental de l'Union européenne⁵¹² dont l'Union et les Etats membres sont « *conscients* »⁵¹³.

Sous-section 2 : Contenu du dialogue

372. Dialogue social et compétitivité. – Le préambule de la directive du 11 mars 2002 exprime les motifs de son adoption et les espoirs qu'elle suscite. Le législateur européen tente d'y démontrer le lien entre un dialogue social fort et une bonne compétitivité de l'entreprise⁵¹⁴.

373. Substance, circonstances. – L'information et la consultation prévues par la directive du 11 mars 2002 sont élaborées sur « *l'idée de gouvernance démocratique des entreprises* »⁵¹⁵. Des circonstances précises (§2) viennent encadrer le droit d'information et de consultation, substance du dialogue social (§1).

⁵¹¹ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 398.

⁵¹² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, article 27.

⁵¹³ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 399.

⁵¹⁴ Dir. n° 2002/14/CE, préambule, considérant 7 : « *Il importe de renforcer le dialogue social et les relations de confiance au sein de l'entreprise afin de favoriser l'anticipation des risques, de rendre l'organisation du travail plus flexible et de faciliter l'accès des travailleurs à la formation au sein de l'entreprise tout en préservant la sécurité, de sensibiliser les travailleurs aux besoins d'adaptation, d'accroître la disponibilité des travailleurs pour qu'ils s'engagent dans des mesures et des actions visant à renforcer leur capacité d'insertion professionnelle, de promouvoir l'association des travailleurs à la marche et à l'avenir de l'entreprise et de renforcer la compétitivité de celle-ci* ».

⁵¹⁵ M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, éd. Larcier Europe(s), Manuels 2012, p. 274.

§1. – La substance du dialogue

374. Fondements, modalités. – La directive prévoit les principes directeurs qui fondent le dialogue social (I) et les modalités de celui-ci (II).

I. Fondements du dialogue

375. Principes impératifs, modalités libres – Les modalités du dialogue social relèvent de la loi nationale, « *sous réserve de principes généraux* » établis par la directive⁵¹⁶. Ainsi, doivent être distingués les principes et définitions qui ont une portée impérative des modalités du dialogue social, dont la transposition est plus libre. En effet, le respect des principes est une condition essentielle et leur transposition une obligation de résultat. En revanche, les Etats peuvent abandonner à la négociation des partenaires sociaux l'adoption des modalités. Cela résulte du texte même de la directive : « *Les Etats membres peuvent confier aux partenaires sociaux [...] le soin de définir librement [...] les modalités d'information et de consultation des travailleurs. Ces accords [...] peuvent prévoir, dans le respect des principes énoncés à l'article 1^{er} [...] des dispositions différentes de celles visées à l'article 4* », c'est-à-dire déroger aux modalités.⁵¹⁷

376. Dans le texte initial de la Commission⁵¹⁸, de nombreux points aujourd'hui considérés comme des modalités étaient présent sous les articles 1 et 2, afférents aux principes et définitions. Mais le texte n'a pas survécu à l'examen par le Conseil : les Etats membres ont souhaité préserver leur marge d'appréciation.

377. Principes d'utilité et de coopération. – « *Les modalités d'information et de consultation sont définies et mises en œuvre conformément à la législation nationale et aux pratiques en matière de relations entre les partenaires sociaux en vigueur dans les différents États membres, de manière à assurer l'effet utile de la démarche* »⁵¹⁹. Le législateur européen ajoute que « *Lors de la définition ou de la mise en œuvre des modalités d'information et de consultation, l'employeur et les représentants des travailleurs travaillent dans un esprit de*

⁵¹⁶ J-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, éd. Bruyant 2011, n° 750.

⁵¹⁷ Dir. n°2002/14/CE, art. 5.

⁵¹⁸ Proposition du 17 novembre 1998, COM/98/0612 final : JOCE n° C 2 du 5 janvier 1999.

⁵¹⁹ Dir. n° 2002/14/CE, art. 1, §2.

*coopération et dans le respect de leurs droits et obligations réciproques, en tenant compte à la fois des intérêts de l'entreprise ou de l'établissement et de ceux des travailleurs »*⁵²⁰.

378. L'effet utile ne vise pas ici le temps utile de l'information et de la consultation mais renvoie au préambule de la directive 2002/14/CE. Le dialogue social est conçu comme une condition *sine qua non* de « *la réussite des processus de restructurations et d'adaptation des entreprises* »⁵²¹. Le droit d'information et de consultation *fait partie* des décisions prises par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise, il ne constitue pas un préalable à celles-ci⁵²².

379. Loyauté. – Le principe de coopération est vivement critiqué par le Professeur Rodière. « *Vœu ou incantation sans portée* », il recouvrirait une fausse réalité sociale comme le faisait l'ancien article L. 432-1 du Code du travail français en affirmant « *Le comité d'entreprise coopère avec la direction* »⁵²³. Néanmoins, la doctrine s'accorde pour admettre que ce principe de coopération fonde une obligation de loyauté des parties en présence⁵²⁴ et constitue, *a minima*, « *le rappel d'exigences [impératives ?] parfois oubliées* »⁵²⁵.

380. Définitions de l'information et de la consultation. – L'information est « *la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner* »⁵²⁶. La consultation consiste en un « *échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur* »⁵²⁷.

381. Grâce à ces définitions, interprétées à la lumière des principes d'utilité et de coopération, un caractère impératif peut être donné à quelques modalités. En effet, les informations transmises doivent permettre non seulement aux représentants de prendre connaissance du

⁵²⁰ Dir. n° 2002/14/CE, art. 1, §3.

⁵²¹ Dir. n° 2002/14/CE, préambule, §9.

⁵²² Contrairement à la proposition du 17 novembre 1998 précitée qui visait une consultation en vue d'aboutir à un accord sur la décision de l'employeur.

⁵²³ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 407.

⁵²⁴ Ibid, p. 407 ; M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, éd. Larcier Europe(s), Manuels 2012, pp. 276-277 : « *Les relations entre employeurs et représentants du personnel se conjuguent sur un mode consensuel et sont tournées vers la recherche du compromis* ».

⁵²⁵ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 375.

⁵²⁶ Dir. n° 2002/14/CE, art. 2, f).

⁵²⁷ Dir. n° 2002/14/CE, art. 2, g).

sujet traité mais encore de « *l'examiner* ». Les représentants du personnel doivent ainsi être en mesure d'observer et « *étudier avec attention, en vue d'une appréciation, d'une évaluation, [et] d'une vérification* » de la décision prise par l'employeur⁵²⁸. Sur cette base intervient la consultation qui doit établir le dialogue en permettant « *l'échange de vues* ». Les deux positions doivent être entendues. Ainsi, l'information nécessite un premier contact. Un temps nécessaire doit s'écouler pour permettre la prise en main de l'information par les représentants. Un second contact permet aux représentants de donner, à leur tour, « *leur vue* » à l'employeur sur sa décision.

382. Un tel schéma relève des modalités du dialogue mais est élevé au rang de principe, ce qui lui offre un caractère impératif. Les procédures d'information et de consultation doivent effectivement et « *par définition !, respecter les définitions de l'information et de la consultation* »⁵²⁹.

II. Modalités du dialogue

383. Objet, régime. – Au sein des modalités doivent être distingués l'objet (A) et le régime (B) du dialogue social.

A) Objet

384. Information. – Est tout d'abord prévue une simple information portant sur « *l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise ou de l'établissement et de sa situation économique* »⁵³⁰. L'information doit être tournée à la fois vers le passé – évolution récente – et vers le futur – évolution probable. Elle concerne tant les activités que la situation économique de l'entreprise. L'expression « *évolution probable des activités* » permet de comprendre qu'il ne s'agit pas d'une information sur la stratégie de l'entreprise mais uniquement sur des données économiques objectives. Doit être par ailleurs remarquée l'absence de référence à la situation financière de l'entreprise.

⁵²⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} édition :

<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=1102980570>

⁵²⁹ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

⁵³⁰ Dir. n° 2002/14/CE, art. 4, §2, a).

385. Information et consultation. – L'information et la consultation portent sur l'emploi et plus précisément « *sur la situation, la structure et l'évolution probable de l'emploi au sein de l'entreprise ou de l'établissement, ainsi que sur les éventuelles mesures d'anticipation envisagées, notamment en cas de menace sur l'emploi* »⁵³¹. Il ne s'agit finalement que du volet préventif du dialogue instauré par la directive du 20 juillet 1998. Enfin, l'information et la consultation portent « *sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail, y compris celles visées par les dispositions communautaires mentionnées à l'article 9, paragraphe 1* »⁵³².

386. L'énumération des thèmes suppose « *la nécessité d'une participation régulière des représentants [...] en plus d'une intervention ponctuelle selon les circonstances* »⁵³³. L'idée générale est que « *dans l'ordre des décisions économiques, l'information suffit* »⁵³⁴. Mais en matière d'emploi et de conditions de travail, l'information est complétée par une consultation.

387. France. – Cette idée n'est pas reprise dans la loi de transposition française. L'objet du dialogue avec les représentants du personnel est plus large puisqu'y sont intégrés l'aspect financier de l'entreprise et les orientations stratégiques de cette dernière. La consultation sur l'emploi ne se limite pas à des données objectives mais est étendue à la politique sociale⁵³⁵.

B) Régime

388. Information appropriée. – Si la consultation complète l'information, celle-ci doit être de nature à préparer la consultation. Ainsi, elle doit s'effectuer « *à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, susceptibles notamment de permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen adéquat [...]* »⁵³⁶. Aucune quantité minimum n'est exigée mais une information de qualité suffisante est requise.

⁵³¹ Dir. n° 2002/14/CE, art. 4, §2, b).

⁵³² Dir. n° 2002/14/CE, art. 4, §2, c).

⁵³³ M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, éd. Larcier Europe(s), Manuels 2012, p. 277.

⁵³⁴ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁵³⁵ C. trav., art. L. 2323-6 : « *Le comité d'entreprise est consulté chaque année dans les conditions définies à la présente section sur : 1° Les orientations stratégiques de l'entreprise ; 2° La situation économique et financière de l'entreprise ; 3° La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi* ».

⁵³⁶ Dir. n° 2002/14/CE, art. 4, §3.

389. Consultation minutée. – La consultation est très fortement encadrée. Elle s’effectue « à un moment, par des moyens et avec contenu appropriés », à un « niveau pertinent », « sur la base des informations fournies » et de « l’avis » des représentants. Ces derniers ont le droit d’obtenir une « réponse motivée » de l’employeur devant permettre « d’aboutir à un accord »⁵³⁷.

390. Transpositions. – Malgré le renvoi exprès aux dispositions nationales pour la détermination des modalités⁵³⁸, la Commission continue à interpréter la directive conformément au texte qu’elle avait initialement proposé⁵³⁹. Ainsi, elle relève, parmi les problèmes de transposition, la seule information – non complétée par une consultation – sur certaines questions en lien avec l’emploi, l’absence d’obligation de l’employeur d’apporter une réponse motivée, ou encore l’absence de l’objectif de conclusion d’un accord. La législation française, notamment, ignore l’objectif de parvenir à un accord⁵⁴⁰. Pour la Commission, seule la transposition de la directive par un accord négocié entre les partenaires sociaux nationaux dans les conditions de l’article 5 de la directive 2002/14/CE est de nature à permettre de déroger à certaines modalités établies par l’article 4⁵⁴¹. D’autres circonstances encadrent par ailleurs le dialogue social prévu par la directive du 11 mars 2002.

2§. – Les circonstances du dialogue

391. Secret, sanctions. – Les affaires de l’entreprise peuvent rattraper le dialogue social. La directive 2002/14/CE prévoit les conditions dans lesquelles le secret des affaires permettra de

⁵³⁷ Dir. n°2002/14/CE, art. 4, §4, a) à e) : « La consultation s’effectue : a) à un moment, par des moyens et avec un contenu appropriés ; b) au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité ; c) sur la base des informations fournies par l’employeur, conformément à l’article 2, point f), et de l’avis que les représentants des travailleurs ont le droit de formuler ; d) de façon à permettre aux représentants des travailleurs de se réunir avec l’employeur et d’obtenir une réponse motivée à tout avis qu’ils pourraient émettre ; e) en vue d’aboutir à un accord sur les décisions relevant des pouvoirs de l’employeur visées au paragraphe 2, point c) ».

⁵³⁸ Dir. n° 2002/14/CE, art. 4, §1.

⁵³⁹ Communication de la Commission du 17 mars 2008 sur l’examen de l’application de la directive 2002/14 dans l’Union européenne, COM (2008), 146 final.

⁵⁴⁰ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l’Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 408 ; or, l’obligation de parvenir à un accord pourrait relever des principes de la directive et non des modalités de mise en œuvre, V. P. RODIERE, *Le cadre général relatif à l’information et à la consultation des travailleurs dans l’entreprise*, SSL 2002, p. 1098.

⁵⁴¹ V. en ce sens : P. RODIERE, *Traité de Droit social de l’Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 408 ; J-M. SERVAIS, *Droit social de l’Union européenne*, éd. Bruyant 2011, n°754.

limiter la divulgation d'informations (I). Le droit à l'information et à la consultation est par ailleurs entouré de sanctions générales (II) visant à contrebalancer les pouvoirs de l'employeur et préserver l'équilibre du dialogue. La « *protection [de toutes] les parties* »⁵⁴² en présence doit être assurée.

I. La non-divulgation des informations

392. Sous certaines conditions, l'information délivrée peut être limitée à certaines personnes (B), voire complètement retenue par l'employeur (A).

A) L'information retenue

393. Information sensible. – Le législateur européen a conscience du caractère particulièrement sensible de certaines informations et l'exprime dans le préambule de la directive⁵⁴³. L'employeur a parfois le droit, sous certaines conditions, de ne pas informer et consulter les représentants des travailleurs.

394. Conditions. – Ainsi, la directive dispose que « *Les États membres prévoient que, dans des cas spécifiques et dans les conditions et limites fixées par les législations nationales, l'employeur n'est pas obligé de communiquer des informations ou de procéder à des consultations lorsque leur nature est telle que, selon des critères objectifs, elles entraveraient gravement le fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement ou lui porteraient préjudice* »⁵⁴⁴.

395. Certes, la directive renvoie aux législations nationales la tâche de fixer les conditions dans lesquelles l'employeur exerce ce droit de rétention de l'information. Cependant, le législateur national doit se conformer aux prescriptions posées par le texte européen en la matière. Il faut, alternativement, que l'information ou la consultation *entravent gravement le fonctionnement* de l'entreprise ou de l'établissement ou bien qu'elles leur *portent préjudice*. L'appréciation doit se faire selon des « *critères objectifs* ». Pour autant, l'employeur n'a pas à

⁵⁴² J-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, éd. Bruyant 2011, n°755.

⁵⁴³ Dir. n° 2002/14/CE, préambule, considérant 26 : « *Il y a lieu de permettre à l'employeur de ne pas informer et consulter lorsque ceci porterait gravement préjudice à l'entreprise ou à l'établissement, ou lorsqu'il obéit immédiatement à une injonction qui lui est adressée par une autorité de contrôle ou de surveillance* ».

⁵⁴⁴ Dir. n° 2002/14/CE, art. 6, §2.

demander une quelconque autorisation préalable pour exercer ce droit. Ce n'est qu'*a posteriori* que peuvent trouver application « *des procédures de recours administratives ou judiciaires* »⁵⁴⁵. Il s'agit toutefois d'une « *brèche importante* » au droit d'information et de consultation⁵⁴⁶ justifiée par la liberté d'entreprendre, un droit économique fondamental.

B) *L'information limitée*

396. Le sceau de la confidentialité. – Même lorsque le droit d'information et de consultation s'exerce, des restrictions peuvent être apportées. Ainsi, « *les représentants des travailleurs, ainsi que les experts qui les assistent éventuellement, ne sont pas autorisés à révéler aux travailleurs ou à des tiers des informations qui, dans l'intérêt légitime de l'entreprise ou de l'établissement, leur ont été expressément communiquées à titre confidentiel. Cette obligation subsiste quel que soit le lieu où ils se trouvent, même après l'expiration de leur mandat (...)* »⁵⁴⁷.

397. Conditions. – Pour empêcher les représentants des travailleurs et leurs experts éventuels de révéler à des tiers les informations dont ils ont eu connaissance au cours des procédures, deux conditions doivent être remplies : d'une part les informations doivent avoir été communiquées « *expressément* » à titre confidentiel ; d'autre part l'intérêt légitime de l'entreprise doit être en cause. La directive est plus souple qu'en matière de rétention complète de l'information puisque la confidentialité des éléments n'a pas à se fonder « *sur des critères objectifs* », intrinsèquement confidentiels⁵⁴⁸.

398. Obligation pour l'État et transposition. – Doit être relevé le caractère impératif des deux exceptions – non divulgation des informations et confidentialité – qui résulte du texte de la directive. Les États membres « *prévoient* »⁵⁴⁹ ces exceptions, qui ne sont donc pas facultatives. Le droit français ne respecte pas les exigences européennes à ce sujet. Hormis le secret de fabrique, seule existe une obligation de discrétion concernant les informations

⁵⁴⁵ Dir. n° 2002/14/CE, art. 6, §3.

⁵⁴⁶ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-Cl : 611.

⁵⁴⁷ Dir. n° 2002/14/CE, art. 6, §1.

⁵⁴⁸ Les juges nationaux et notamment le juge français ont cependant tendance à retenir cette condition, V. en ce sens : P. MORVAN, *La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ?*, JCP S 2015, 1171.

⁵⁴⁹ Dir. n° 2002/14/CE, art. 6, §1 et §2, *in limine*.

données à titre confidentiel⁵⁵⁰. En Allemagne, la confidentialité est une véritable obligation mais elle ne peut pas être opposée à tous les représentants⁵⁵¹.

399. Secret des affaires ou niveau approprié ? – Les juges nationaux font néanmoins preuve de souplesse. Pour illustration, s’opposaient dans une récente affaire la filiale d’une grande multinationale et l’expert de son comité d’entreprise. Le contentieux concernait la fourniture d’informations sensibles, dans un contexte de restructurations très médiatique. Le juge a autorisé la direction de la filiale à caviarder ou biffer les parties des documents appartenant à la société-mère et qui ne concernaient pas directement la filiale partie au litige⁵⁵². Le juge français semble plus sensible à la mise en œuvre du droit « *au niveau approprié* »⁵⁵³ qu’à l’invocation pure et simple du secret des affaires. Le concept de « niveau approprié » permet en effet à l’employeur de se limiter à la fourniture d’informations pertinentes géographiquement – celles qui concernent l’entreprise ou l’établissement en cause – sans pour autant porter atteinte à l’effet utile du dialogue social.

400. Une maladie, des remèdes. – La consultation des représentants du personnel serait le « *corps malade* » des opérations sociétaires⁵⁵⁴. Des « *remèdes* » existent néanmoins en pratique⁵⁵⁵. Si le climat social est serein, l’employeur pourra trouver un accord avec les représentants afin que certaines informations communiquées n’apparaissent pas sur le procès-verbal de séance. L’employeur bénéficie aussi « *des garanties résultant [...] de l’esprit de*

⁵⁵⁰ C. trav., art. L. 2325-5 : « *Les membres du comité d’entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication. Les membres du comité d’entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l’égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l’employeur* ».

⁵⁵¹ Elle n’est opposable qu’à la commission économique, pas au conseil d’établissement, V. P. REMY, *La transposition de la directive 2002/14 sur l’information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne*, RDT 2009, p. 537.

⁵⁵² Versailles, 8 octobre 2015, n° 14/06233 : « *Sur ce point, la Direction ne nie pas l’existence des documents mais a communiqué des Procès-Verbaux caviardés, qui, comme l’indique le Cabinet SYNDEX, ne lui permet pas de mener à bien ses travaux. La Société G. expliquait que certains passages des PV étaient caviardés car ils ne concerneraient pas la division H. Cette argumentation a été acceptée par le Premier Juge* » et confirmé par la Cour d’appel de Versailles.

⁵⁵³ Dir. n° 2002/14/CE, art. 4, §1.

⁵⁵⁴ P. MORVAN, *La consultation du comité d’entreprise lors d’opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ?*, JCP S 2015, 1171.

⁵⁵⁵ J. GRANGE, *La consultation du comité d’entreprise lors d’opérations de cession ou de restructuration : des remèdes*, JCP S 2015, 1172.

coopération, du respect, par les parties, des intérêts non seulement des travailleurs mais aussi de l'entreprise »⁵⁵⁶. Si les représentants du personnel les méconnaissent, le risque de licenciement est réel⁵⁵⁷. Un manquement à l'obligation de loyauté est de nature à neutraliser leur statut protecteur.

II. Sanctions du dialogue

401. Sanctions présentes, effet direct absent. – Un dialogue protégé est un dialogue sanctionné. Aussi, les représentants du personnel bénéficient d'une protection spécifique et la directive prévoit des sanctions générales (A). L'effet de ces dispositifs est néanmoins atrophié par l'absence d'effet direct horizontal de la directive 2002/14/CE (B).

A) Le dialogue protégé

402. Protection des représentants – Les Etats « *veillent à ce que les représentants des travailleurs jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes leur permettant de réaliser d'une façon adéquate les tâches qui leur ont été confiées* »⁵⁵⁸. Il ne s'agit pourtant pas d'interdire le licenciement du représentant. La directive a une visée pragmatique : il faut simplement lui permettre de remplir « *adéquatement* » ses tâches⁵⁵⁹. Par conséquent, est interdit le licenciement motivé par les fonctions exercées par le représentant⁵⁶⁰. Une procédure permettant de vérifier le motif du licenciement doit être mise en place⁵⁶¹. L'article 7 de la directive 2002/14/CE doit cependant être lu « *en combinaison avec l'article 8* »⁵⁶². Une sanction purement administrative de la violation, par l'employeur, des fonctions du représentant, ne serait pas conforme à l'article 8 de la directive. Ainsi, la conformité de la transposition italienne semble trahir l'esprit de la directive, l'Italie ne prévoyant qu'une amende allant de 3 000 à 18 000 euros⁵⁶³.

⁵⁵⁶ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 377 ; Dir. n° 2002/14/CE, art. 1, §3.

⁵⁵⁷ CE, 27 mars 2015, n° 371174 et n° 368855.

⁵⁵⁸ Dir. n° 2002/14/CE, art. 7.

⁵⁵⁹ J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, éd. Bruyant 2011, n°757.

⁵⁶⁰ CJUE, 11 février 2010, *Holst*, C-405/08 : Europe, 2010, comm. 140, note L. DRIGUEZ ; JCP S 2010, 1153, note E. JEANSEN.

⁵⁶¹ *Ibid.* point 59.

⁵⁶² M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, éd. Larcier Europe(s), Manuels 2012, p. 281.

⁵⁶³ M. CORTI, *La transposition de la directive sur l'information et la consultation des travailleurs en droit italien : tradition ou trahison ?*, RDT 2009, p. 466.

403. Sanctions classiques, sanctions modiques. – « *Les formules habituelles se retrouvent* »⁵⁶⁴. Les Etats sont censés prévoir des procédures « *appropriées* »⁵⁶⁵ de recours, qu’elles soient administratives ou judiciaires, ainsi que des sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* »⁵⁶⁶. Une résolution du Parlement européen juge nécessaire de « *définir et de mettre à disposition des Etats membres une grille de sanctions possibles qu’ils pourraient appliquer à l’encontre des employeurs ne respectant pas le droit à l’information et à la consultation des travailleurs* »⁵⁶⁷.

404. La proposition de directive émanant de la Commission ambitionnait d’ailleurs une sanction spécifique bien plus contraignante. Les décisions prises sans respect des obligations d’information et de consultation ne devaient pas produire d’effets juridiques. Cette absence d’effet perdurait jusqu’au respect de la procédure ou jusqu’à la fixation d’une réparation adéquate⁵⁶⁸. Le risque d’une double sanction pour les travailleurs fut l’une des raisons de l’abandon d’une telle sanction⁵⁶⁹. En réalité, si le débat sur l’efficacité de la sanction a toute son importance, le préalable nécessaire est l’invocabilité de la sanction.

B) Le dialogue atrophie

405. Conforme n’est pas *contra legem*. – La directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 n’a pas d’effet direct horizontal. Mal transposée, elle n’est pas applicable dans un litige entre particuliers. La nécessité pour le juge national d’interpréter son droit national à la lumière de la directive, c’est-à-dire de procéder à une interprétation conforme, n’est pas toujours possible. Comme l’affirme le Professeur Morvan, « *un texte clair n’a pas besoin de lumières* »⁵⁷⁰. L’article L. 1111-3 du Code du travail français exclut du calcul des effectifs

⁵⁶⁴ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l’entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

⁵⁶⁵ Dir. n° 2002/14/CE, art. 8, §1.

⁵⁶⁶ Dir. n° 2002/14/CE, art. 8, §2.

⁵⁶⁷ Résolution du 19 février 2009 du Parlement européen sur l’application de la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l’information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (2008/2246(INI), P6_TA (2009)0061), cité par M. SCHMITT, *Droit du travail de l’Union européenne*, éd. Larcier Europe(s), Manuels 2012, p. 282.

⁵⁶⁸ Proposition du 17 novembre 1998, COM/98/0612 final : JOCE n° C 2 du 5 janvier 1999.

⁵⁶⁹ Dans le cas où la décision suspendue ou sans effet de l’employeur était favorable aux travailleurs. Le même raisonnement conduit à ne pas suspendre le transfert des contrats de travail dans le cadre de la directive du 12 mars 2001.

⁵⁷⁰ P. MORVAN, *L’expulsion de la norme étrangère par le droit du travail français*, JCP S, mai 2016, 1153.

certaines travailleurs limitativement énumérés. Le texte est clair et la Cour de justice n'a pu que constater l'impossibilité de l'écarter dans un litige entre particuliers⁵⁷¹. La Cour a refusé la combinaison de la directive avec l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux qui « *ne saurait, en tant que tel, être invoqué dans un litige, tel que celui au principal, afin de conclure que la disposition nationale non conforme à la directive 2002/14 est à écarter* »⁵⁷². Ainsi, tous les articles la Charte ne se suffisent pas à eux-mêmes⁵⁷³. Si le principe de non-discrimination peut venir au secours de l'effet direct d'une directive⁵⁷⁴, le principe de l'information et de la consultation ne le peut visiblement pas. Le Professeur Robin-Olivier en déduit que la combinaison salvatrice pour invoquer directement la directive est réservée aux principes de la Charte lesquels sont directement invocables⁵⁷⁵. Une classification possible consisterait à hiérarchiser les droits sociaux fondamentaux dont la nature est collective et ceux dont la nature est individuelle. Ces derniers étant directement liés à la personne humaine, ils seraient directement invocables. De nouvelles questions préjudicielles peuvent amener la Cour de justice à affiner sa jurisprudence. Mais l'arrêt du 15 janvier 2014 est susceptible de décourager les plaideurs.

406. Francovich, es-tu là ? – La Cour de justice a précisé dans le même arrêt que « *la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union pourrait se prévaloir de la jurisprudence issue de l'arrêt du 19 novembre 1991, Francovich (aff C-6/90 et C-9/90), pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi* »⁵⁷⁶.

407. Mais cette possibilité n'est ouverte qu'au titulaire *direct* des droits offerts par la directive. La Cour de justice, en affirmant la nature collective du droit à l'information et à la

⁵⁷¹ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, Europe 2014, comm. 112, note D. SIMON, point 51.

⁵⁷² *Ibid*, point 48.

⁵⁷³ J. RIDEAU, *Recours en annulation – Cas d'ouverture, pouvoirs du juge de l'annulation, contenu, effets et exécution des arrêts d'annulation*, JC-1 : 331.

⁵⁷⁴ CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-557/07, Rec. I-365, point 47.

⁵⁷⁵ S ROBIN-OLIVIER, *Droit à l'information et à la consultation des travailleurs : l'impossibilité d'exclure certaines catégories de travailleurs est confirmée, la faiblesse de la Charte des droits fondamentaux en matière sociale aussi*, RDT Eur. 2014, p. 523.

⁵⁷⁶ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, Europe 2014, comm. 112, note D. SIMON, point 50.

consultation⁵⁷⁷, met en péril l'action des salariés contre l'Etat français. Dans le cadre d'un contentieux administratif de pleine juridiction, le juge national pourrait retenir l'absence d'intérêt direct à agir des salariés⁵⁷⁸.

408. Conclusion de la Section 1. – Une nouvelle directive est envisagée pour les administrations publiques. La Commission est également tentée par la fusion de la directive cadre du 11 mars 2002 avec les directives portant sur le licenciement collectif et les transferts. Fusionner ces directives pourrait être dangereux et mener à une méprise sur la finalité de la directive du 11 mars 2002 instituant un cadre général d'information et de consultation des travailleurs. Cette dernière institue le droit au dialogue social d'entreprise d'une manière générale, constante et *régulière*. Les directives du 20 juillet 1998 et du 12 mars 2001 prévoient un dialogue *ponctuel*, lié à des événements bien particuliers qui mettent en péril l'emploi des travailleurs. Aussi, le meilleur moyen pour le législateur européen de parvenir à une synthèse, serait d'intégrer les événements particuliers des directives spéciales dans la liste des cas de consultation prévus à l'article 4, §2 de la directive du 11 mars 2002.

Le danger demeure néanmoins : n'oublions pas que cet article, qui prévoit les modalités de mise en œuvre, peut être écarté ou remodelé facilement par les Etats qui confient sa transposition aux partenaires sociaux. Or, le dialogue social en matière de transfert et de licenciement collectif devrait continuer de revêtir un caractère *impératif*, contrairement à celui institué de manière générale. Une des solutions consisterait à supprimer la distinction entre principes et modalités. Mais la directive du 11 mars 2002 y perdrait alors de sa souplesse. Le hiatus résultant de cette éventuelle fusion affaiblirait le dialogue social d'entreprise. Une autre solution consisterait à fusionner la directive du 11 mars 2002 avec celle du 6 mai 2009 instituant une procédure ou une instance de représentation du personnel au niveau européen.

⁵⁷⁷ CJCE, 16 juillet 2009, *Odemis*, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI. L'arrêt est rendu à propos de la directive du 20 juillet 1998 portant sur les licenciements collectifs, mais la directive du 11 mars 2002 est également utilisée dans le raisonnement de la Cour de justice et laisse présumer la nature collective de ce droit. Il serait au demeurant étrange que la nature du droit soit variable selon la directive qui l'attribue.

⁵⁷⁸ Y. PAGNERRE, *Relations collectives de travail, Chronique de droit du travail sous la direction de B. TEYSSIE*, JCP E 2014, 1634, p. 45.

Section 2 : Le dialogue social avec les organes de décision dans l'entreprise de dimension communautaire

409. Des entreprises, des dialogues. – Le dialogue social doit être institué dans chaque entreprise. Il devient parfois nécessaire de l'appréhender par-delà les frontières et les nations. En effet, les entreprises de dimension communautaire constituent « *une réalité économique avérée* »⁵⁷⁹. Le législateur européen est intervenu à plusieurs reprises pour imposer la mise en place d'un dialogue social dans ces entreprises. Leur caractère européen (**Sous-section 1**) engendre de nouvelles questions, transnationales, qui dépassent la compétence des représentants nationaux des travailleurs et impliquent un dialogue lui-aussi transnational (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Périmètre du dialogue

410. Cibles, articulations. – L'entreprise communautaire se présente sous différentes formes appréhendées par plusieurs directives (**§1**). Ces dernières prévoient également des règles d'articulation (**§2**).

§1. – Les entreprises communautaires

411. Envergure, nature. – Une entreprise peut être de dimension communautaire en raison de son envergure (**I**) ou de sa nature (**II**). Dans les deux cas existe un dialogue propre au caractère européen de l'entreprise.

I. L'entreprise d'envergure communautaire

412. Origines. – « *Née d'une volonté politique mûrie d'action syndicale* »⁵⁸⁰, la première directive reconnaissant l'entreprise communautaire comme une structure d'accueil du dialogue social fut adoptée le 22 septembre 1994⁵⁸¹. Elle accomplit la volonté de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, qui n'avait jamais été consacrée, de créer

⁵⁷⁹ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 378.

⁵⁸⁰ B. TEYSSIE, *Le comité d'entreprise européen*, JCP S, novembre 2011, 1489.

⁵⁸¹ Dir. n° 94/45/CE du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

une instance internationale de représentation des travailleurs⁵⁸². La directive du 22 septembre 1994 a malgré tout émergé avant la directive du 11 mars 2002 prévoyant un cadre général de représentation : les réticences sont plus fortes lorsque l'Union européenne touche directement aux problématiques nationales⁵⁸³. Après « *maints conciliabules, discussions, rapports et résolutions* »⁵⁸⁴, la directive n° 2009/38/CE du 6 mai 2009 a abrogé et remplacé la directive de 1994 en apportant quelques ajustements et en intégrant quelques solutions jurisprudentielles.

413. Objectifs. – L'objectif affiché par le législateur européen est « *d'améliorer le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire* »⁵⁸⁵. Il s'agit par ailleurs d'un moyen d'intégrer les grandes entreprises de dimension communautaire à la construction européenne en établissant des relations collectives de travail stables et pérennes à l'échelle européenne. Les enjeux sont importants : en 2008, plus de deux mille entreprises ou groupes entraient dans le champ d'application de la directive du 22 septembre 1994 et moins de mille avaient mis en place un comité d'entreprise européen⁵⁸⁶. En 2015, le nombre de comités d'entreprise européens est toujours estimé à neuf cents ou mille, et ce malgré l'adoption de la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009⁵⁸⁷.

414. Entreprise, groupe. – La directive du 6 mai 2009 instituant un comité ou une procédure d'information et de consultation au niveau européen vise deux types d'entreprises communautaires. En effet, « *la direction centrale est responsable de [...] l'institution du comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation [...] dans*

⁵⁸² Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989, point 17 : « *Cela vaut en particulier dans des entreprises ou des groupes comportant des établissements ou des entreprises situés dans plusieurs États membres de la Communauté européenne* ».

⁵⁸³ S. HENNION, M. LE BARBIER-Le BRIS, M. DEL SOL, *Droit social européen et international* : PUF Thémis droit, 2^{ème} édition, 2013, p. 400.

⁵⁸⁴ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 383.

⁵⁸⁵ Dir. n° 2009/38/CE, art. 1, §1.

⁵⁸⁶ J-F. RENUCCI, *Dialogue social et négociation collective à l'échelle communautaire. Constat* : « *les temps européens* » ne sont pas « *les temps des entreprises* », Dr. soc. 2008, p. 52.

⁵⁸⁷ Débat du 28 avril 2015 à la Maison de l'Europe : *Le CE européen, facilitateur de dialogue ?* SSL 2015, n° 1675.

l'entreprise de dimension communautaire (A) et le groupe d'entreprises de dimension communautaire (B) »⁵⁸⁸.

A) L'entreprise

415. Secteurs d'activité. – Dans le silence du texte, les entreprises de tous les secteurs d'activité entrent dans le champ de la directive du 6 mai 2009. Il serait improbable que des problématiques liées aux administrations publiques se rencontrent, ces dernières se trouvant, par nature, dans un seul Etat. Une seule exception, dont la mise en œuvre est laissée à la discrétion des Etats membres, est prévue : « *le personnel navigant de la marine marchande* » peut être exclu du champ d'application de la directive⁵⁸⁹.

416. Géographie, effectifs. – L'entreprise de dimension communautaire est celle dont l'implantation géographique (1) et les effectifs (2) répondent à certaines conditions.

1) *Conditions géographiques*

417. Périmètre d'appréciation. – Le périmètre global permettant d'apprécier la taille de l'entreprise n'est pas limité à l'Union européenne⁵⁹⁰. Est visé l'Espace économique européen qui inclut, en sus des Etats membres de l'Union, la Norvège, le Lichtenstein et l'Islande, soit trois des quatre pays de l'Association européenne de libre-échange (« AELE »)⁵⁹¹. La Suisse en demeure exclue.

418. Deux Etats. – L'entreprise visée par la directive du 6 mai 2009 doit, pour acquérir une dimension communautaire, être implantée dans au moins « *deux Etats* [de l'Espace économique européen] *différents* »⁵⁹². De simples établissements sans personnalité morale suffisent. Le terme « établissement » doit être entendu en un sens européen : la présence matérielle de l'entreprise suffit. Le législateur français n'a pas dénaturé cette notion⁵⁹³.

419. Siège indifférent. – Dès lors que la condition précédente est remplie, peu importe que la direction centrale de l'entreprise communautaire se trouve en dehors de l'Espace économique

⁵⁸⁸ Dir. n° 2009/38/CE, art. 4, §1.

⁵⁸⁹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 1, §7.

⁵⁹⁰ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 384.

⁵⁹¹ Convention européenne de libre-échange du 4 janvier 1960, signé à Genève.

⁵⁹² Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 a).

⁵⁹³ Rapp. Ass. Nat. 10^{ème} législature, n° 2819, p. 12 : « *une entité, en particulier, un atelier, une succursale, une agence, une usine, un bureau, géographiquement distincte mais non juridiquement indépendante de l'entreprise dont elle fait partie* » peut constituer un établissement.

européen⁵⁹⁴. En ce cas, l'obligation pèsera sur le représentant de la direction centrale présent dans l'Espace ou, si aucun représentant n'est désigné, sur l'établissement dans lequel se situe le plus grand nombre de travailleurs⁵⁹⁵.

2) Conditions d'effectifs

420. Seuils, calcul. – L'entreprise doit être d'une « *taille importante* »⁵⁹⁶. Elle doit employer un grand nombre de travailleurs (a) dont le calcul mérite quelques observations (b).

a) Seuils

421. Définition. – Est une entreprise de dimension communautaire celle qui emploie « *au moins 1000 travailleurs dans les Etats membres et, dans au moins deux Etat membres différents, au moins 150 travailleurs dans chacun d'eux* »⁵⁹⁷.

422. Transposition erronée. – La transposition de cette définition au sein du droit français appelle une interrogation. L'article L. 2341-1 du Code du travail dispose que l'entreprise doit comporter « *au moins un établissement employant cent cinquante salariés et plus* »⁵⁹⁸. En réalité, toutes les implantations de l'entreprise sur le territoire de l'Etat, constitue « l'établissement » visé par l'article. Ainsi, l'entreprise qui dispose de deux sites de soixante-quinze travailleurs remplit la condition énoncée. En effet, le Professeur Teyssié estime que l'interprétation littérale de cette malfaçon législative serait contraire à l'esprit de la norme européenne en ce qu'elle pourrait « *sensiblement affaiblir [sa] portée* »⁵⁹⁹. Le Professeur Rodière abonde indirectement en ce sens. Il considère inconcevable que les seuls établissements soumis à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise européen soient ceux de plus de cent cinquante salariés. « *Les petites unités de travail* » sont tout autant

⁵⁹⁴ Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 e).

⁵⁹⁵ Dir. n° 2009/38/CE, art. 4, §2.

⁵⁹⁶ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-Cl : 611.

⁵⁹⁷ Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 a).

⁵⁹⁸ C. trav., art. L. 2341-1 : « *Pour l'application du présent titre, on entend par entreprise de dimension communautaire l'entreprise ou l'organisme qui emploie au moins mille salariés dans les Etats membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen et qui comporte au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces Etats* ».

⁵⁹⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 385.

concernées⁶⁰⁰. Il est opportun d'assurer un certain parallélisme entre la détermination des travailleurs déclenchant l'obligation et celle des travailleurs en bénéficiant.

b) Calcul

423. Modalités. – Pour les entreprises qui s'étendent au-delà de l'Espace économique européen, seuls seront pris en compte, pour le calcul des seuils, les travailleurs employés cet Espace⁶⁰¹.

424. La directive du 6 mai 2009 précise par ailleurs que « *les seuils d'effectif sont fixés d'après le nombre moyen de travailleurs, y compris les travailleurs à temps partiel, employés au cours des deux années précédentes, calculé selon les législations nationales et/ou pratiques nationales* »⁶⁰².

425. Pour le calcul des travailleurs – donc pour leur définition – renvoi est fait aux législations des Etats membres. La directive prescrit toutefois certaines règles impératives. La prise en compte des travailleurs à temps partiel, à due proportion de leur temps de travail, en est une ; un seuil calculé sur l'effectif moyen des « deux dernières années » en est une autre. En revanche, la directive laisse toute liberté aux Etats de décider que cette formule vise les deux dernières années civiles ou celles précédant la négociation. Cependant, la date de l'initiative de la négociation n'est pas certaine car la directive ne la définit pas. Cette lacune conduit à retenir la première hypothèse en l'absence de choix par l'Etat membre⁶⁰³.

426. UES en droit français. – Des débats peuvent intervenir sur le périmètre de calcul des effectifs. En effet, qu'en est-il lorsque le droit national admet que des entreprises différentes puissent constituer un seul et même périmètre ? Est notamment visé le cas de l'unité économique et sociale (« UES ») en France. Elle peut constituer un périmètre de franchissement des seuils de mise en place d'un comité d'entreprise européen⁶⁰⁴. En droit français, la réalité juridique que constitue l'UES doit conduire à apprécier les seuils de calcul des effectifs dans son périmètre⁶⁰⁵. Il n'est pourtant pas certain que l'assimilation à

⁶⁰⁰ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-Cl : 611.

⁶⁰¹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 a).

⁶⁰² Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §2.

⁶⁰³ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 386.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ J. SAVATIER, *Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail*, Dr. soc. 2004, p. 944.

l'entreprise puisse être complète⁶⁰⁶. Dès lors, il est encore moins certain que la direction centrale, présente sur le territoire d'un Etat ne consacrant pas l'UES ou un équivalent, accepte de reconnaître cette entité *sui generis*.

427. Ces difficultés seront présentes tout au long des développements car elles sont liées au « *principe de territorialité* » des lois relatives aux institutions représentatives du personnel – principe que le comité d'entreprise européen vient contrarier⁶⁰⁷.

428. Variations. – La directive du 22 septembre 1994 était silencieuse sur l'incidence de la variation des effectifs. La directive du 6 mai 2009 a tenté de remédier à cet oubli en instituant un article 13 intitulé « *Adaptation* ». Lorsqu'interviennent des « *modifications significatives* » dans la « *structure de l'entreprise ou du groupe* » et en l'absence de dispositions spécifiques⁶⁰⁸, une négociation doit s'engager⁶⁰⁹.

429. Selon le préambule de la directive du 6 mai 2009, les modifications significatives renvoient « *par exemple* » à des cas de « *fusion, d'acquisition ou de scission* »⁶¹⁰. La liste n'est donc pas exhaustive mais ne semble pas inclure une baisse des effectifs sans modification de la structure sociétaire de l'entreprise. Que la modification soit structurelle ou que l'effectif baisse sans modification, priorité doit être donnée à l'application de l'accord dès lors que l'hypothèse est envisagée. A défaut, seule la modification structurelle permettra de déclencher le processus prévu par la directive.

430. Suppression unilatérale ? – Est-ce à dire qu'une baisse des effectifs en dessous des seuils requis pour la mise en place d'un comité européen autorise la direction centrale à le supprimer unilatéralement ? Rien n'est moins sûr. En effet, trois éléments conduisent à écarter ce pouvoir unilatéral. Premièrement, l'objectif de la directive est « *d'améliorer le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises de dimension communautaire* »⁶¹¹. Deuxièmement, la direction centrale est responsable de la transmission « *aux parties intéressées* » des informations indispensables à l'ouverture des négociations, « *particulièrement les informations relatives à la structure de l'entreprise ou du groupe et à ses effectifs* »⁶¹². La direction centrale arguant de la diminution des effectifs devra être en

⁶⁰⁶ G. BLANC-JOUVAN, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise*, Dr. soc. 2005, p. 68.

⁶⁰⁷ M-A MOREAU, *Activités transnationales et représentation collective des salariés*, Dr. soc. 1991, p. 53.

⁶⁰⁸ Ou en cas de contradiction entre les stipulations des accords en vigueur.

⁶⁰⁹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 13.

⁶¹⁰ Dir. n° 2009/38/CE, préambule, consid. 40.

⁶¹¹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 1, §1.

⁶¹² Dir. n° 2009/38/CE, art. 4, §4.

mesure de la prouver au comité d'entreprise européen. Enfin, il existe, au regard des dispositions précitées, une forte probabilité que la Cour de justice, saisie d'une telle question, soit généralise l'obligation de négocier et l'étende au-delà de l'occurrence d'une modification structurelle, soit retienne une acceptation particulièrement extensive de cette notion.

B) Le groupe

431. Groupe de dimension communautaire. – L'entreprise qui atteint une dimension communautaire est une hypothèse marginale, un groupe d'entreprises est plus à même de franchir les seuils élevés prévus par la directive. Cette dernière définit tant le groupe (1) que son caractère communautaire (2).

1) *Groupe*

432. Positive, négative. – Le groupe est appréhendé de manière tant positive (a) que négative (b).

a) *Présence d'un groupe*

433. Définition du groupe. – « *Un groupe comprenant une entreprise qui exerce le contrôle et les sociétés contrôlées* » constitue un groupe d'entreprises au sens de la directive 2009/38/CE⁶¹³. Qu'il s'agisse de créer une instance représentative du personnel, de conclure un accord collectif ou encore d'apprécier les contours d'une obligation, « *dans tous les cas, le groupe est conçu comme un périmètre* »⁶¹⁴. Peu importe, en droit européen – comme en droit français – que le groupe n'ait pas la personnalité morale. Il dispose d'une dose suffisante de « *juridicité* »⁶¹⁵ pour le traiter comme une « *quasi-entreprise* ». Cela suffit amplement au droit européen pour assigner des obligations précises à cette entité qui n'est, *in fine*, rien d'autre qu'une « *notion fonctionnelle* »⁶¹⁶. Comme le conseille le Professeur Servais, « *face à l'hétérogénéité des structures des sociétés* », il faut intégrer dans le champ de la directive « *des modèles de groupes horizontaux (ou paritaires) basés sur des accords contractuels entre plusieurs sociétés* »⁶¹⁷.

⁶¹³ Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 b).

⁶¹⁴ B. TEYSSIE, *Variations sur le groupe en droit du travail*, JCP S n° 7, février 2013, 1076.

⁶¹⁵ J. ROCHEFELD, *Les grandes notions du droit privé* : PUF, 2011, p. 107, cité par B. TEYSSIE, *Variations sur le groupe en droit du travail*, JCP S n° 7, février 2013, 1076.

⁶¹⁶ A. MARTINON, *Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational*, Dr. soc. 2010, p. 789.

⁶¹⁷ J-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, éd. Bruyant 2011, n°759.

434. Définition du contrôle. – Malgré un renvoi à la législation de l’Etat membre où se situe « l’entreprise qui exerce le contrôle »⁶¹⁸, cette dernière est définie comme celle qui exerce « une influence dominante sur une autre entreprise (l’entreprise contrôlée), par exemple du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »⁶¹⁹.

435. Présomptions simples d’influence dominante. – Trois présomptions d’influence dominante sont instituées par la directive. L’influence dominante est présumée établie « lorsqu’une entreprise, directement ou indirectement, à l’égard d’une autre entreprise : a) détient la majorité du capital souscrit de l’entreprise ; b) dispose de la majorité des voix attachés aux parts émises par l’entreprise ; ou c) peut nommer plus de la moitié des membres du conseil d’administration, de direction ou de surveillance de l’entreprise ».

436. Pour l’appréciation de cette dernière présomption, les droits de vote et de nomination que détiennent les entreprises contrôlées sont réputés acquis à l’entreprise qui exerce le contrôle⁶²⁰.

437. Ces présomptions sont simples et peuvent donc être renversées. La preuve d’une influence dominante peut en toute hypothèse être rapportée par tous les moyens, même en dehors des présomptions posées par la directive.

438. Hiérarchie. – L’hypothèse d’un « conflit de lois » est abordée par la directive du 6 mai 2009. En effet, plusieurs entreprises peuvent remplir les critères de « l’entreprise qui exerce le contrôle ». Dans une telle situation, une hiérarchie entre les présomptions est instaurée. La présomption la plus forte est celle relative au pouvoir de nomination. L’entreprise qui peut nommer plus de la moitié des membres de l’organe de décision est présumée être celle qui exerce le contrôle, toujours « sans préjudice de la preuve [contraire] »⁶²¹.

b) Absence du groupe

439. Le droit européen a expressément écarté le bénéfice des présomptions de l’influence dominante dans deux hypothèses particulières.

440. Difficultés économiques et mandats. – Les législations nationales peuvent habiliter certaines personnes à représenter les entreprises dans le cadre de procédures de traitement des difficultés. Le mandat qui leur est ainsi reconnu ne présume pas, en soi, de l’exercice d’un

⁶¹⁸ Dir. n° 2009/38/CE, art. 3, §6.

⁶¹⁹ *Ibid*, art. 3, §1.

⁶²⁰ *Ibid*, art. 3, §3.

⁶²¹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 3, §7.

contrôle au sens de la directive du 6 mai 2009⁶²².

441. Sociétés financières. – La détention de participations peut ne pas suffire à créer les conditions d'une influence dominante en raison de la nature de l'entreprise qui les détient. Ainsi, sont écartés de la notion de contrôle, par principe et de manière irréfragable, les établissements de crédit et assimilés ainsi que les sociétés de participation financière⁶²³ qui n'exercent pas leurs droits de vote en vue de « *déterminer le comportement concurrentiel de l'entreprise* »⁶²⁴.

2) Groupe de dimension communautaire

442. Groupe de dimension communautaire. – Le groupe est reconnu de dimension communautaire s'il emploie plus de mille travailleurs dans les Etats membres⁶²⁵, qu'il comporte au moins deux entreprises contrôlées dans deux Etats membres différents, ces dernières employant chacune au moins cent cinquante travailleurs⁶²⁶. Il faut que *l'entreprise* emploie cent cinquante travailleurs : les divers sites, ateliers, établissements et implantations de l'entreprise sont considérés ensemble pour le franchissement du seuil.

443. Absence de mise en abyme mais couverture intégrale. – Le groupe de dimension communautaire est parfois si vaste qu'il peut englober un autre groupe de dimension communautaire. En ce cas, la directive prévoit, sauf accord contraire entre le groupe spécial de négociation et la direction, qu'un seul comité d'entreprise européen est mis en place⁶²⁷. En revanche, un principe de couverture intégrale du groupe est posé. Le comité d'entreprise européen mis en place dans ces conditions doit couvrir toutes les entreprises et tous les établissements du groupe et des sous-groupes⁶²⁸.

444. Effectifs. – Les effectifs sont « *calculés selon des normes identiques à celles gouvernant l'entreprise de dimension communautaire* »⁶²⁹, ils n'appellent pas de remarques particulières.

445. Outre les hypothèses prévues par la directive du 6 mai 2009, d'autres directives instituent un dialogue social dans des entreprises communautaires par leur nature.

⁶²² Dir. n° 2009/38/CE, art. 3, §5 : sont mentionnés à titre d'exemple la faillite, l'insolvabilité, la cessation de paiement et le concordat, la liste n'étant pas limitative.

⁶²³ Dir. n° 2009/38/CE, art. 3, §4.

⁶²⁴ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 390.

⁶²⁵ Malgré le texte de la directive, le périmètre concerne en réalité tout l'Espace économique européen.

⁶²⁶ Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 c).

⁶²⁷ Dir. n° 2009/38/CE, art. 1, §5.

⁶²⁸ *Ibid*, art. 1, §6.

⁶²⁹ B. TEYSSIE, *Droit du travail Relations collectives*, 9^{ème} édition, LexisNexis 2014, p. 462.

II. L'entreprise de nature communautaire

446. Création européenne. – Le législateur européen a pour objectif de permettre aux entreprises transfrontalières de développer leurs activités plus facilement notamment grâce à la création de l'action transeuropéenne. Il a créé à cet effet un véritable « *droit européen des sociétés* »⁶³⁰. La paternité de l'expression est attribuée au Professeur Sanders de l'Université de Rotterdam qui suggérait dès 1958 l'adoption d'un droit uniforme des sociétés en Europe⁶³¹. Trois sociétés de nature communautaire ont vu le jour sous l'impulsion de la Commission européenne : la société européenne, la société coopérative européenne et la société issue de la fusion transfrontalière de sociétés de capitaux. Des dispositions relatives au dialogue social s'attachent à chacune d'entre elles. La société issue d'une fusion transfrontalière ne prévoit cependant aucun dispositif d'information et de consultation des travailleurs mais uniquement un système de participation⁶³². Quoiqu'il en soit, « *par hypothèse, toute société européenne a une dimension communautaire* »⁶³³.

447. Societas Europaea. – La société européenne est créée et régie par les dispositions du règlement 2157/2001/CE du 8 octobre 2001. S'y adjoint la directive 2001/86/CE, adoptée le même jour, qui complète le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Une société européenne (« SE ») est « *une société constituée conformément au règlement (CE) n° 2157/2001* »⁶³⁴. Les deux normes, règlement et directive, sont indissolublement liées. Le législateur européen considère que la directive forme un « *complément indissociable du règlement et [doit] être appliquée de manière concomitante* »⁶³⁵. Surtout, la société européenne ne peut pas être immatriculée tant que les modalités d'implication des travailleurs ne sont pas déterminées⁶³⁶. Un comité de société européenne devra être mis en place, en priorité par accord.

⁶³⁰ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁶³¹ *Compte-rendu des travaux* : RMC suppl. 1960, p. 80 ; le souhait originel de cette société européenne était de faire naître de grandes entreprises capables de concurrencer les entreprises américaines en prévision de la mondialisation.

⁶³³ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁶³⁴ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2 a).

⁶³⁵ *Ibid*, consid. 20.

⁶³⁶ Régl. n° 2157/2001 CE, art. 12, §2 et §3.

448. Société coopérative européenne. – La société coopérative européenne (« SCE ») obéit à la même logique. Elle est régie par le règlement (CE) 1435/2003 du 22 juillet 2003 et son par la directive 2003/72/CE du même jour, pour son volet social. De la même façon, son immatriculation nécessite l'adoption préalable d'un dispositif d'implication des travailleurs⁶³⁷. La SCE est une société dotée d'un fort *intuitu personae* qui obéit à deux principes : un contrôle démocratique et une distribution des bénéfices reposant sur l'équité⁶³⁸.

449. SCE constituée par des personnes physiques ; 50. – Une particularité de la SCE est qu'elle s'adresse potentiellement à des entreprises de taille modeste ou des coopératives au sens des droits nationaux. « *Dans le cas d'une SCE constituée exclusivement par des personnes physiques ou par une seule entité juridique* », les obligations sociales de la directive ne lui seront applicables que si la SCE emploie au moins cinquante travailleurs dans deux Etats membres⁶³⁹. A défaut, seules seront applicables les normes sociales de l'Etat membre dans lequel la SCE est implantée⁶⁴⁰. En revanche, la directive 2003/72/CE retrouve son empire si, après l'immatriculation, deux tiers des travailleurs de la SCE émanent de deux Etats différents en font la demande ou si le seuil de cinquante travailleurs est franchi⁶⁴¹.

450. Chacune des directives 2009/38/CE, 2001/86/CE et 2003/72/CE prévoient également des règles d'articulation.

§2. – Les articulations

451. Impératif. – Les périmètres communautaires sont nombreux et se recoupent parfois. Les dispositions s'accumulent. Certaines s'appliquent cumulativement, d'autres s'excluent. Le droit européen est riche des divergences politiques des Etats, de leurs différences culturelles et historiques, mais son application en souffre. Il ne peut de surcroît supporter des périmètres incertains. La clarté qui doit impérativement présider à l'élaboration du droit européen commande que des règles d'articulation elles-mêmes parfaitement claires soient établies.

⁶³⁷ *Ibid.*, art. 11, §2 et §3.

⁶³⁸ A. LECOURT, *La société coopérative européenne (SCE) : entreprise sociale, solidaire ... et compétitive !* Revue Lamy Droit des affaires Supplément, 2013, n° 88.

⁶³⁹ Dir. n° 2003/72/CE, art. 8, §1.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, art. 8, §2.

⁶⁴¹ *Ibid.*, art. 8, §3.

452. Articulations européennes, articulations nationales. – Les directives sociales créant des institutions représentatives des travailleurs au niveau européen s’articulent entre elles et avec d’autres normes européennes (I). Leur articulation avec les droits nationaux est également assurée (II).

I. Articulations de niveau européen

453. Temps, espace. – La directive du 6 mai 2009 instituant le comité d’entreprise européen prévoit une règle d’articulation temporelle applicable aux accords d’anticipation (A). Les trois directives sociales (instituant le comité d’entreprise européen, le comité de la SE et le comité de la SCE) organisent une articulation entre elles et avec les autres normes européennes instituant des procédures d’information et de consultation des travailleurs (B).

A) Articulation dans le temps

454. Promotion du dialogue social. – La première directive instituant un comité d’entreprise européen date du 22 septembre 1994. Mais l’entreprise communautaire ne l’a pas attendue pour exister⁶⁴². Des accords mettant en place un comité *sui generis* de niveau européen ont commencé à fleurir bien avant 1994⁶⁴³. La présence d’un tel accord dans l’entreprise de dimension communautaire évinçait les obligations présentes dans la directive du 22 septembre 1994 sous certaines conditions⁶⁴⁴. Le législateur européen a choisi de préserver ces accords d’anticipation au sein de la directive du 6 mai 2009⁶⁴⁵.

455. Deux types d’accords d’anticipation. – Deux hypothèses distinctes sont prévues par la directive 2009/38CE : l’accord qui anticipe l’entrée en vigueur de cette même directive (2) et l’accord qui anticipe l’entrée en vigueur de la directive du 22 septembre 1994⁶⁴⁶ (1).

⁶⁴² L’entreprise ou le groupe communautaire par son envergure était une réalité économique avant d’être qualifiée par le droit de l’Union européenne, réalité dont la pratique s’est abondamment saisie. Un accord d’anticipation ne pouvait exister pour les SE et les SCE, celles-ci n’existant pas avant leur immatriculation.

⁶⁴³ Une cinquantaine d’accords existaient déjà en 1994 au sein de diverses entreprises : Thomson, Bayer, Schneider, Bull, Péchinay, Saint-Gobain, ... V. P-H. ANTONMATTEI, P. COURSIER et B. TEYSSIE, *Droit social européen et international. Comité d’entreprise européen. Accords d’anticipation.*, JCP E, n° 24, 15 juin 1995, 469.

⁶⁴⁴ Dir. n° 94/45/CE, art. 13, §1.

⁶⁴⁵ Dir. n° 2009/38/CE, art. 14, §1.

⁶⁴⁶ Ou de la directive du 15 décembre 1997 si l’accord est conclu au Royaume-Uni.

1) *L'accord anticipant la directive du 22 septembre 1994*

456. Conditions : renvoi à l'article 13. – La directive du 6 mai 2009 n'est pas applicable aux entreprises ou groupes communautaires ayant conclu un accord dans les conditions de l'article 13 de la directive du 22 septembre 1994⁶⁴⁷.

457. Date de conclusion. – L'accord doit avoir été conclu avant la transposition de la directive par l'Etat où se situe son siège social et en tout état de cause avant le 22 septembre 1996, date butoir de sa transposition. En ce qui concerne le Royaume-Uni, la date butoir de transposition est fixée au 15 décembre 1999⁶⁴⁸.

458. Couverture intégrale et contenu. – *Tous* les travailleurs de l'entreprise ou du groupe doivent être couverts par un mécanisme d'information et de consultation portant sur des questions *transnationales*. Sous ces réserves, les parties à l'accord « *disposent d'une entière liberté [...] pour façonner un accord à leur convenance* »⁶⁴⁹. La reconduction simple de l'accord ou sa révision décidée conjointement par *tous*⁶⁵⁰ les signataires ne porte pas atteinte à sa nature particulière. L'accord continuera d'échapper aux dispositions de la directive du 6 mai 2009 ; son régime dérogatoire survivra⁶⁵¹. La survie est d'ailleurs assurée même en cas de « *modifications significatives [...] dans la structure de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire* »⁶⁵² car la directive du 6 mai 2009 prévoit expressément que les accords « *adaptés en raison de modifications intervenues dans la structure des entreprises ou des groupes d'entreprises* » échappent « *aux obligations découlant de la présente directive* »⁶⁵³. La transposition française n'admet

⁶⁴⁷ Dir. n° 2009/38/CE, art. 14, §1 a).

⁶⁴⁸ Dir. n° 97/74/CE, art. 4, §1.

⁶⁴⁹ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 395 ; V. *Instr. min. Trav.*, 6 novembre 1996, réf. CEDD 1310 : Dr. ouvrier, 1996, p. 234 sur la nature de l'accord.

⁶⁵⁰ Ainsi a jugé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 octobre 2006 : elle exige que tous les signataires soient d'accord pour la révision, il en irait de la liberté contractuelle du signataire récalcitrant. Néanmoins la décision « *conjointe* » n'est pas la décision « *unanime* ». En cela, la Cour d'appel ajoute au texte une condition qu'il ne contient pas autant qu'elle viole la volonté du législateur européen : préserver, à tout prix et sans limite particulière, les accords d'anticipation qui constituent l'une des sources les plus innovantes du dialogue social d'entreprise à l'échelle européenne. V. *Paris*, 12 octobre 2006 : JCP S 2006, 1954, note B. TEYSSIE.

⁶⁵¹ Dir. n° 94/45/CE, art. 13, §2. V. S. PETERSEN, *Les accords relatifs au comité d'entreprise européen après la directive du 6 mai 2009*, JCP S n°17-18, 24 avril 2012, 1189.

⁶⁵² Dir. n° 2009/38/CE, art. 13, §1.

⁶⁵³ Dir. n° 2009/38/CE, art. 14, §1 a), *in fine*.

cependant pas cette réserve⁶⁵⁴, ce qui pourrait donner lieu à une condamnation par la Cour de justice saisie par la Commission⁶⁵⁵, encouragée par des signataires désireux de sauver leur accord dérogatoire.

2) *L'accord anticipant la directive du 6 mai 2009*

459. Date de conclusion. – L'accord « *conclu conformément à l'article 6 de la directive 94/45/CE [...] signé ou révisé entre le 5 juin 2009 et le 5 juin 2011* » permet également à l'entreprise ou au groupe de dimension communautaire d'échapper aux prescriptions de la directive du 6 mai 2009⁶⁵⁶. Un tel accord applique la directive du 22 septembre 1994 mais anticipe l'entrée en vigueur de la directive du 6 mai 2009. L'accord est réputé conforme à la directive du 6 mai 2009 grâce à cette seule conclusion ou révision intervenue dans la période définie.

460. Perte du régime dérogatoire. – Une modification postérieure de l'accord liée à « *des modifications significatives [...] dans la structure de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire* » donne lieu à l'ouverture de négociations, conformément à l'article 5 de la directive. Elle entraîne la perte du régime dérogatoire⁶⁵⁷. L'immunité conventionnelle des accords d'anticipation de la directive du 6 mai 2009 n'est donc pas aussi avantageuse que celle des accords d'anticipation de la directive du 22 septembre 1994.

461. Outre ces règles d'articulation dans le temps, une partition de l'espace était également nécessaire pour assurer une application uniforme des directives sociales.

B) *Articulations dans l'espace*

462. Exclusion, cumul. – L'entreprise de type européen qu'est la SE ou la SCE peut parfois remplir les conditions d'application de la directive du 6 mai 2009, le choc conduit à ce que la nature de l'entreprise évince son envergure (I). Des articulations plus consensuelles existent

⁶⁵⁴ C. trav., art. L. 2341-10.

⁶⁵⁵ Dans le cadre d'un recours en manquement.

⁶⁵⁶ Dir. n° 2009/38/CE, art. 13, §1.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

entre les directives instituant un comité de niveau européen et les autres directives sociales (2).

1) *Primauté de la nature sur l'envergure*

463. Principe. – La directive du 6 mai 2009 n'aborde ni le cas de la SE, ni celui de la SCE. Les directives du 8 octobre 2001 et du 22 juillet 2003 tranchent l'incertitude. Les SE et les SCE peuvent être des entreprises de dimension communautaire au sens de la directive du 6 mai 2009 mais elles sont avant tout des sociétés d'une nature particulière. Les directives qui leur attachent un volet social évincent l'application de la directive instituant le comité d'entreprise européen⁶⁵⁸. Au-delà de la consécration par ces directives de l'adage *lex specialia generalibus derogant*, la solution est opportune car le volet relatif à l'implication des travailleurs dans la SE et la SCE est bien plus vaste. Il comprend une participation obligatoire aux organes de direction, ce que ne prévoit pas la directive du 6 mai 2009. Une liberté à cet endroit aurait donc sacrifié la participation des travailleurs dans les SE et les SCE⁶⁵⁹.

464. Exception. – Par exception, la directive du 6 mai 2009 peut trouver application⁶⁶⁰ si le groupe spécial de négociation décide de ne pas entamer les négociations ou de les interrompre par un vote à la majorité qualifiée des deux tiers de ses membres⁶⁶¹.

2) *Cumul des informations et des consultations*

465. Entre silence et cumul. – Les directives du 8 octobre 2001 et du 22 juillet 2003 portant sur la SE et la SCE taisent leur articulation avec les autres directives sociales de l'Union européenne, notamment les directives « transfert » et « licenciement collectif » précédemment étudiées.

466. En revanche, la directive du 6 mai 2009 instituant le comité d'entreprise européen appréhende la question. Son application « *ne porte pas atteinte aux procédures* » issues des directives du 12 mars 2001, du 20 juillet 1998 et de la directive-cadre du 11 mars 2002.

⁶⁵⁸ Dir. n° 2001/86/CE, art. 13, §1 al. 1 et 2 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 15, §1 al. 1 et 2.

⁶⁵⁹ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁶⁶⁰ A la condition bien sûr que la SE ou la SCE soit, effectivement, une entreprise de dimension communautaire.

⁶⁶¹ Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §6 al 1 et 2 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §6 al. 1 et 2.

467. La même logique de cumul devrait s'appliquer aux directives du 8 octobre 2001 et du 22 juillet 2003. Une SE ou une SCE qui fait l'objet d'un transfert d'entreprise ou entame un licenciement collectif n'échappe pas aux dispositions impératives des directives sociales.

II. Articulations avec les droits nationaux

468. Tant la directive du 6 mai 2009 (A) que les directives du 8 octobre 2001 et du 22 juillet 2003 (B) instituent des comités ou des procédures d'information et de consultation qu'il convient d'articuler avec les instances nationales de représentation.

A) Comité d'entreprise européen et instances nationales

469. L'articulation des instances européennes et nationales est complexe, tant et si bien que la directive du 22 septembre 1994 l'ignorait complètement. Cette lacune a laissé toute liberté au juge national pour adopter des solutions parfois contradictoires (2) avant d'être partiellement comblée par la directive du 6 mai 2009 (I).

1) *Compétence de l'accord*

470. Compétences distinctes. – La directive du 6 mai 2009 rappelle que l'articulation du comité d'entreprise européen et des instances nationales s'effectue « *dans le respect des compétences et domaines d'intervention de chacune d'entre elles* »⁶⁶². Cependant, une répartition matérielle des compétences ne permet pas de déterminer quelle procédure d'information et de consultation doit intervenir en premier.

471. Thème traité par l'accord. – Il revient à l'accord instituant le comité d'entreprise européen de traiter la question⁶⁶³. Les négociateurs n'ont pourtant pas toute liberté. Ils doivent respecter certains principes énoncés par la directive du 6 mai 2009. En particulier, l'information et la consultation doivent intervenir « *au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité* », sachant que les compétences du comité d'entreprise européen sont « *limitées aux questions transnationales* »⁶⁶⁴. En somme, si

⁶⁶² Dir. n° 2009/38/CE, art. 12, §1.

⁶⁶³ *Ibid*, art. 6, §2 c).

⁶⁶⁴ *Ibid*, art. 1, §3.

l'accord attribue au comité d'entreprise européen une compétence qui empiète sur les instances nationales, la stipulation est valable mais elle ne retire pas sa compétence à l'instance nationale⁶⁶⁵. Sous ces réserves, l'accord est libre d'accorder une consultation prioritaire à l'instance nationale ou au comité d'entreprise européen.

472. Parfois, les négociateurs adoptent une formule neutre et indolore pour l'instance qui ne bénéficie pas de la primauté. En effet, certains accords considèrent la question à rebours et choisissent non pas l'instance qui doit être consultée en premier mais l'instance qui doit rendre son avis en dernier. Il peut être prévu, par exemple, que le comité à qui l'on souhaite donner prévalence devra être muni de l'avis rendu par l'autre pour pouvoir valablement se prononcer. Les deux consultations peuvent alors être lancées concomitamment ou non, sans que cela n'ait une quelconque forme d'importance. La solution permet une articulation souple en terme de calendrier tout en évitant un contentieux lié à l'ordre des consultations. Afin d'échapper aux blocages, il est toutefois prudent de prévoir dans l'accord un délai maximum au-delà duquel la seconde instance pourra passer outre l'absence d'avis de la première.

473. Concomitance à défaut d'accord ? – Que se passe-t-il si les négociateurs n'ont pas abordé l'articulation avec l'instance nationale dans l'accord ? La directive prévoit alors que « *le processus d'information et de consultation [est] mené tant au sein du comité d'entreprise européen que des instances nationales* »⁶⁶⁶. Les Etats membres ont donc l'obligation de prévoir une consultation au sein des deux instances. Rien ne semble imposer une concomitance. Il serait bon, à tout le moins, que la directive requiert que les Etats membres tranchent cette difficulté.

474. « *La directive ne répond rien* »⁶⁶⁷. Il existe toutefois un indice dans son préambule, qui n'est toutefois qu'un guide sans valeur normative. Le législateur européen se montre particulièrement prudent et use d'une formule alambiquée pour conclure, *in fine*, que « *les législations et/ou la pratique nationales devraient éventuellement être adaptées pour que le comité d'entreprise européen puisse, le cas échéant, être informé avant ou en même temps que les instances nationales de représentation des travailleurs, tout en ne réduisant pas le*

⁶⁶⁵ M-A MOREAU, *Activités transnationales et représentation collective des salariés*, Dr. soc. 1991, p. 53.

⁶⁶⁶ Dir. n° 2009/38/CE, art. 12, §3.

⁶⁶⁷ P. RODIERE, *Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ?* Dr. soc. 2007, p. 1015.

niveau général de protection des travailleurs »⁶⁶⁸. A contrario, la priorité des instances nationales est exclue en toute hypothèse par le préambule⁶⁶⁹.

2) L'exemple français de l'articulation

475. La loi française ou la reproduction de la directive. – Si l'articulation avec l'instance nationale constitue un point d'achoppement, c'est parce qu'elle touche à « l'autonomie institutionnelle nationale »⁶⁷⁰. Ainsi, le législateur français s'est contenté de reformuler la directive sans prendre parti : « le processus d'information et de consultation est mené tant au sein du comité d'entreprise européen que des institutions nationales représentatives du personnel »⁶⁷¹, laissant libre cours à l'imagination du juge.

476. Jurisprudence française. – Le juge, à défaut de poser une solution claire, a au moins identifié « les termes du débat »⁶⁷² : « on peut estimer que la consultation aille du haut, là où la décision est prise, vers le bas, là où la décision est appliquée ; mais on peut aussi estimer que la consultation du comité d'entreprise européen sera d'autant plus fructueuse que cet organisme sera éclairé par les avis des comités centraux d'entreprises et des comités d'établissement »⁶⁷³. Selon le Professeur Martinon, il convient de consulter en dernier l'instance « dont l'avis a l'impact le plus fort sur la décision adoptée ». Il conviendrait donc d'en revenir à l'objectif des représentants des travailleurs : apprécier, peser et influencer la décision de la direction. Ce critère rejoint le principe de l'effet utile adopté par la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire Renault-Vilvoorde⁶⁷⁴. De cet effet utile découlent des

⁶⁶⁸ Dir. n° 2009/38/CE, consid. 37.

⁶⁶⁹ A tout le moins faut-il en déduire que l'information du comité d'entreprise européen ne doit jamais « survenir de manière trop tardive », S. BEAL et C. TERRENOIRE, *Information et consultation du comité d'entreprise européen*, JCP S n° 28, 8 juillet 2008, 1393.

⁶⁷⁰ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁶⁷¹ C. trav., art. L. 2341-9.

⁶⁷² A. MARTINON, *Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational*, Dr. soc. 2010, p. 789.

⁶⁷³ TGI de Sarreguemines du 21 avril 2009, n°9.09/00048, RDT 2009, p. 390, note H. TISSANDIER.

⁶⁷⁴ TGI de Nanterre du 4 avril 1997, CA Versailles, 7 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 506, note M-A. MOREAU ; obs. A. LYON-CAEN : « sera manifestement illicite (...) un comportement décisionnel n'accordant pas à l'information et à la consultation une place susceptible de leur assurer un effet utile ; que cette utilité s'appréciera au regard de critères raisonnables au nombre desquels figurent (...) le respect d'une chronologie propice aux mesures ou réactions utiles, voire à une modification des résolutions initiales ».

solutions contradictoires mais adaptées à chaque espèce. Les juges ont pu noter « *qu'aucune disposition légale [ne fixe] l'ordre de consultation* »⁶⁷⁵, ou bien, à propos d'une entreprise ou d'un groupe situé en zone transfrontalière, que « *l'intérêt chronologique d'une concertation première à l'échelle du comité européen s'impose logiquement* »⁶⁷⁶. La Cour de cassation, longtemps restée en dehors du débat, a affirmé le 16 janvier 2008, que les procédures d'information devant le comité européen et devant l'instance nationale n'avaient « *pas le même objet, ni le même champ d'application* »⁶⁷⁷. En dernier lieu a émergé ce qu'il conviendrait de nommer « *le principe de cohérence* »⁶⁷⁸, voire « de concordance ». En effet, le juge a estimé en 2011 qu'un projet à caractère transnational impliquait forcément que le comité d'entreprise européen soit consulté en premier « *eu égard à la vision d'ensemble dont seule, cette institution représentative du personnel dispose* »⁶⁷⁹. A contrario, et conformément à la lettre de la directive, « *à défaut de tout élément d'extranéité, la consultation du comité ne présente pas un caractère obligatoire* » et n'est, en tout cas, pas prioritaire⁶⁸⁰. En réalité, « *les juges [...] devraient prendre en compte la dimension particulière d'un litige sur ce thème, liée au fait qu'ils ont à juger sur un sujet qui concerne une instance supra nationale, parfois soumise à une loi étrangère, mettant en cause plusieurs pays ...* »⁶⁸¹.

477. Nouvelle question. – La question s'est déplacée. Une certaine « *souplesse [est] rendue nécessaire par la diversité des situations économiques* »⁶⁸². Il ne s'agit plus de savoir quelle instance doit être consultée en premier. Il faudrait sans doute admettre qu'en la matière, une solution unique n'est pas la bienvenue et que, toujours, « *le pragmatisme doit l'emporter sur le dogmatisme* »⁶⁸³.

⁶⁷⁵ TGI de Paris du 9 avril 2001, *affaire Mark's & Spencer*, SSL 2001, n° 1024, p. 8.

⁶⁷⁶ TGI de Paris du 10 octobre 2003, *affaire Alstom*, SSL 2003, n° 1140, p. 14.

⁶⁷⁷ Cass. soc. 16 janvier 2008 : JCP S 2008, 1155, note B. TEYSSIE.

⁶⁷⁸ B. KRIEF, *L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation du personnel*, JCP S n°12, 20 mars 2012, 1116.

⁶⁷⁹ TGI de Paris du 26 avril 2011, n° 11/00433 : Liaisons. soc. Europe 2011, n° 279, p. 4.

⁶⁸⁰ Versailles, 21 mai 2015, n° 14/08628 : Cahiers soc. 1^{er} juillet 2015, n° 276, p. 378, note L. FLAMENT.

⁶⁸¹ G. BELIER et E. BLEDNIAK, *Le rôle du comité d'entreprise européen dans les restructurations*, SSL 2004, n° 1150.

⁶⁸² M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, éd. Larcier Europe(s), Manuels 2012, p. 291.

⁶⁸³ *Ibid.*

B) Comité de la SE ou de la SCE et instances nationales

478. Pas de diminution de compétences pour l'instance nationale. – Les directives du 8 octobre 2001 et du 22 juillet 2003 disposent, de façon identique, qu'elles ne portent pas atteinte : « *aux droits existants des travailleurs en matière d'implication prévus dans les Etats membres par la législation et/ou par la pratique nationales dont bénéficient les travailleurs de la SE et de ses filiales et établissements ...* »⁶⁸⁴.

479. Compétences du comité de la SE ou de la SCE. – L'information et la consultation du comité de la SE ou de la SCE sont limitées par leurs propres définitions. L'information porte sur « *les questions qui concernent [la SE ou la SCE] elle[s]-même[s] et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre Etat membre ou [...] les questions qui excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un Etat membre* »⁶⁸⁵.

480. En résumé, le comité de la SE a beau être compétent pour une question concernant sa filiale, l'instance nationale de la filiale sera également compétente.

481. Ordre des consultations en cas de concours. – Le partage de compétences exposé ci-dessus conduit, comme pour le comité d'entreprise européen, à des situations de concours dans lesquelles il convient de régler l'ordre des consultations. Toutes les solutions et les hypothèses utilisées à propos du comité d'entreprise européen peuvent être transposées à l'ordre des consultations du comité de la SE, ou de la SCE, et des instances nationales. Le raisonnement par analogie se justifie par la proximité qu'entretiennent ces textes et leurs objectifs. La directive du 22 septembre 1994 instituant le comité d'entreprise est le fondement sur lequel s'est fondé le législateur européen pour rédiger la directive sur la SE du 8 octobre 2001 ; celle-ci est elle-même le fondement de la directive portant sur la SCE du 22 juillet 2003⁶⁸⁶.

482. Le périmètre des obligations instituées par les directives sociales du 6 mai 2009, du 8 octobre 2001 et du 22 juillet 2003 ainsi identifié, il faut désormais s'intéresser à leurs contenus.

⁶⁸⁴ Dir. n° 2001/86/CE, art. 13, §3 a) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 15, §3 a).

⁶⁸⁵ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2, i) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 2, i).

⁶⁸⁶ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

Sous-section 2 : Contenu du dialogue dans les entreprises communautaires

483. Négocié, imposé. – Quelle que soit l'entreprise communautaire en cause, la méthode législative fut identique. Priorité est donnée à l'établissement d'un dialogue par le truchement d'une négociation (§1). A défaut, un dialogue social est imposé à titre subsidiaire (§2).

§1. – L'information et la consultation négociées

484. L'accord à tout prix. – Il existe « *une doctrine communautaire du contrat* » : le principe de l'autonomie des parties est incontestablement un véritable « *leitmotiv des directives relatives à l'information et à la consultation des travailleurs* »⁶⁸⁷. Le droit européen ne fait qu'organiser la négociation (I) devant mener à l'accord (II).

I. La négociation de l'accord

485. Acteurs, modalités. – Comité d'entreprise européen, comité de la SE, comité de la SCE. Trois institutions créées selon une méthode identique : la négociation d'un accord. Les acteurs (A) de la négociation (B) doivent être précisément identifiés.

A) Les acteurs de la négociation

486. Direction, GSN. – Au moment de l'engagement des négociations, il n'existe pas encore de représentants des travailleurs au niveau européen ; la négociation vise justement leur mise en place. Se feront face, pour la négociation, un organe patronal (I) et une institution *ad hoc* appelée groupe spécial de négociation (2).

1) *L'organe patronal*

487. Identification, obligations. – Des termes variables imposent l'identification du négociateur patronal (a) auquel sont parfois assignées des obligations particulières (b).

a) *Identification*

488. Sémantique. – Les directives instituant le comité d'entreprise européen, le comité de la SE ou de la SCE, identifient le négociateur patronal sous divers vocables. Il peut s'agir de « *la*

⁶⁸⁷ P. RODIERE, *Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ?* Dr. soc. 2007, p. 1015.

direction centrale » de l'entreprise ou du groupe⁶⁸⁸ mais aussi des « *organes compétents* » des sociétés constituant la SE⁶⁸⁹ ou la SCE⁶⁹⁰. Il peut même s'agir de personnes physiques dans le cas où la SCE est constituée « *exclusivement par des personnes physiques ou par une seule entité juridique et des personnes physiques* »⁶⁹¹.

489. Pragmatisme. – En réalité, le législateur européen entend mettre à la table des négociations la personne en charge de l'entreprise au *niveau* communautaire. Doit être choisi un représentant qui a le *pouvoir* d'engager par sa signature l'intégralité de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire⁶⁹².

490. CEE et Direction centrale hors EEE. – Lorsqu'est en cause l'entreprise communautaire par son envergure visée par la directive du 6 mai 2009, une difficulté liée à sa taille peut surgir. Si l'entreprise ou le groupe communautaire s'avère également être une entreprise ou un groupe mondial, sa direction centrale peut être implantée ailleurs que dans l'Espace Economique Européen. En ce cas, cette direction peut désigner une direction locale européenne pour conduire les négociations⁶⁹³. A défaut, la directive attribue un mandat de négociation à la direction de l'entreprise ou l'établissement qui emploie le plus grand nombre de travailleurs dans un Etat membre⁶⁹⁴. Ce mandat émane du texte même de la directive qui, dans un tel cas, assimile complètement la direction centrale et locale.

b) Obligations

491. Initiative. – La direction centrale de l'entreprise ou du groupe communautaire a la charge d'« *entamer* »⁶⁹⁵ les négociations. En tout état de cause, elle n'a plus le choix – si sa volonté est d'éviter l'application des prescriptions subsidiaires – lorsqu'est formulée une demande « *écrite d'au moins cent travailleurs, ou de leurs représentants* », relevant d'au

⁶⁸⁸ Dir. n° 2009/38/CE, art. 1^{er}, §1 et art. 4, §1.

⁶⁸⁹ Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §3 al. 1^{er}.

⁶⁹⁰ Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §3 al. 1^{er}.

⁶⁹¹ *Ibid.*, art. 8.

⁶⁹² Le droit français tire les leçons de cette multitude de vocables et choisit, pour négociateur patronal, « *le chef d'entreprise* » (C. trav., L2342-1).

⁶⁹³ Dir. n° 2009/38/CE, art. 4, §2.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, art. 4, §3. V. en ce sens : B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, pp. 405-406.

⁶⁹⁵ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §1.

moins deux entreprises ou établissement situés dans deux Etats différents⁶⁹⁶. Quels représentants peuvent se substituer aux travailleurs ? En droit français, l'utilisation du terme « représentant » devrait permettre d'appréhender l'ensemble des moyens de représentation ; les élus engagent la communauté de travail qu'ils représentent. Quid de la représentation syndicale, externe à l'entreprise ? Il conviendra de ne retenir que les organisations syndicales représentatives. Pour illustration, un représentant d'une section syndicale ne peut porter la demande même si son périmètre comprend plus de cent travailleurs.

492. Inertie et informations. – La difficulté dans l'entame des négociations ne survient que lorsque la direction centrale reste inerte alors que les conditions d'application de la directive 2009/38/CE sont peut-être remplies⁶⁹⁷. Les travailleurs ou leurs représentants nationaux doivent alors en obtenir la certitude. A cet effet, la direction est « responsable » de la transmission « aux parties intéressées » des informations jugées indispensables à l'ouverture des négociations, qu'il s'agisse de la structure de l'entreprise ou du groupe, ou de ses effectifs⁶⁹⁸. La directive 2009/38/CE retranscrit ici partiellement la jurisprudence de la Cour de justice qui règle un problème de chronologie. Afin d'éviter tout enlisement, la Cour de justice décide que la demande d'informations peut être faite à la direction « présumée » qui a l'obligation d'y répondre, alors même que si les conditions n'étaient pas remplies, la directive ne lui serait pas applicable⁶⁹⁹. Peu importe également que la direction centrale soit située hors de l'Espace Economique Européen et qu'elle refuse de répondre⁷⁰⁰, les directions locales communautaires doivent coopérer entre elles pour déterminer si les conditions de mise en place du comité d'entreprise européen sont remplies⁷⁰¹. L'information doit aussi comprendre la communication des noms de représentants susceptibles de participer à la formation du groupe spécial de négociation⁷⁰².

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ Cette problématique d'inertie ne se pose pas en matière de SE et de SCE puisque ces sociétés n'auront d'existence qu'une fois l'implication des travailleurs mise en place.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, art. 4, §4.

⁶⁹⁹ CJCE, 29 mars 2001, *Bofrost*, aff. C-62-99 : Rec., p. 2579 ; RJS 2001, n° 948.

⁷⁰⁰ Le droit européen n'étant pas d'application extra-territoriale.

⁷⁰¹ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Nagel*, aff. C-400/00 : Rec., p. 787 ; RJS 2004, n° 473.

⁷⁰² *Ibid.*

2) *Le groupe spécial de négociation*

493. Création, disparition. – Le groupe spécial de négociation est un organe instituée avec pour seul fonction de négocier l'accord relatif à l'information et à la consultation dans l'entreprise de dimension communautaire (a) ; tant l'échec que la réussite de sa mission entraîne sa disparition (b).

a) *Création*

494. Définition. – Le groupe spécial de négociation (« GSN ») est institué « *afin de négocier avec la direction centrale l'institution d'un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation des travailleurs* »⁷⁰³. Une même définition existe pour la SE et la SCE : le GSN est le groupe constitué pour « *négocier avec l'organe compétent des entités juridiques participantes la fixation de modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein* » de la SE⁷⁰⁴ ou de la SCE⁷⁰⁵.

495. Constitution. – Qu'il s'agisse du CEE⁷⁰⁶, du comité de la SE⁷⁰⁷ ou de la SCE⁷⁰⁸, la règle de répartition des sièges du GSN entre les divers Etats est identique. Est alloué à chaque Etat un siège par tranche de 10% des effectifs de travailleurs présents sur son territoire « *ou une fraction de ladite tranche* ». Ainsi, l'Etat sur lequel l'entreprise communautaire est peu présente dispose malgré tout d'un siège. Il ne serait pas concevable d'écarter une partie de l'entreprise des négociations et le législateur européen en a tiré les conséquences. Cet impératif a d'ailleurs conduit à un mécanisme d'attribution de sièges supplémentaires au sein des GSN constitués pour la création d'une SE ou d'une SCE. Il s'agit de garantir au moins un membre au sein du GSN à chaque société qui cesse d'avoir une existence juridique propre⁷⁰⁹. Il convient d'abord d'attribuer tous les sièges initiaux avant d'ajouter des sièges.

496. Sièges. – Les trois directives renvoient, directement⁷¹⁰ ou indirectement⁷¹¹, pour

⁷⁰³ Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 i).

⁷⁰⁴ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2, g).

⁷⁰⁵ Dir. n° 2003/72/CE, art. 2, g).

⁷⁰⁶ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §2 b).

⁷⁰⁷ Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §2 a) i).

⁷⁰⁸ Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §2 a) i).

⁷⁰⁹ Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §2 a) ii) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §2 a) ii).

⁷¹⁰ Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §2 b) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §2 b).

⁷¹¹ La directive du 6 mai 2009 garde le silence à ce sujet.

l'attribution des sièges, aux législations des Etats membres concernés. Ces dernières devront, comme toujours, être adoptées et interprétées dans l'esprit et à la lumière de la directive.

497. Hésitations. – Le GSN dispose de la personnalité morale. Il ne peut en aller autrement dès lors qu'il doit être en mesure de conclure l'accord créant l'instance de représentation européenne⁷¹². Une question relative à sa composition a surgi : peut-on ajouter des membres au GSN dont le travail a déjà commencé pour tenir compte des résultats de scrutins intervenus durant son fonctionnement ? La Cour de cassation française se prononce en faveur d'une institution figée dans un avis du 21 octobre 2005⁷¹³. En cela, elle fait une juste application de la théorie française du cycle électoral. Cependant, l'enjeu n'est pas celui de la représentativité mais du périmètre de la future instance. Une solution de compromis aurait été d'admettre que l'on puisse ajouter des membres sans pour autant supprimer ceux déjà en place. Elle aurait permis de donner au cadre européen la souplesse qui lui ferait défaut selon certains auteurs⁷¹⁴.

498. La SCE, n'appelle pas de remarques particulières, elle est, qu'il s'agisse des négociateurs ou de l'accord, « *la copie quasi conforme de ce qui est envisagé pour la SE* »⁷¹⁵.

b) Disparition

499. Ambition. – Le GSN « *a pour tâche de fixer, avec la direction centrale, par un accord écrit, le champ d'action, la composition, les attributions et la durée du mandat du ou des comités d'entreprises européens ou les modalités de mise en œuvre d'une procédure d'information et de consultation des travailleurs* »⁷¹⁶.

500. Extinction. – Tel un juge, une fois son office rempli, le GSN est dessaisi des questions qui lui étaient assignées. Il ne survit ni à la conclusion d'un accord ni à l'échec des

⁷¹² B. TEYSSIE, *Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes – Les parties à la négociation*, JCP S janvier 2006, act. 37 : « *La personnalité juridique, indispensable à l'émergence de l'accord que [le GSN] est appelé à négocier, doit lui être reconnue* » ; B. TEYSSIE, *Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes – Les parties à la négociation*, JCP S septembre 2005, act. 127.

⁷¹³ Cass. 21 octobre 2005, avis n° 005 0009.

⁷¹⁴ R. DUPIRE, *Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ?* JCP S n° 7, 2014, 1066.

⁷¹⁵ A. LECOURT, *La société coopérative européenne (SCE) : entreprise sociale, solidaire ... et compétitive !* Revue Lamy Droit des affaires Supplément, 2013, n° 88.

⁷¹⁶ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §3 ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §2 a) ii) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §2 a) ii).

négociations⁷¹⁷.

B) Les modalités de la négociation

501. Durée des négociations. – Les négociations dureront jusqu'à ce que le GSN décide d'y mettre fin par une décision adoptée à la majorité des deux tiers de ses membres⁷¹⁸ ou jusqu'à l'épuisement du temps imparti pour parvenir à un accord⁷¹⁹. Ce temps laissé aux parties peut varier de six mois en cas de création d'une SE ou d'une SCE à trois ans en cas de mise en place d'un comité d'entreprise européen. Lorsqu'est en cause la création d'une SE ou d'une SCE, les négociateurs peuvent, d'un commun accord, décider de reconduire les négociations pour une nouvelle période n'excédant pas six mois⁷²⁰. Certaines propositions visent à allonger ce délai de négociation qui peut paraître bien court par rapport aux trois longues années dont dispose l'entreprise communautaire en application de la directive du 6 mai 2009. Le risque de retarder indéfiniment l'immatriculation et donc le fonctionnement de la SE ou de la SCE est cependant bien trop important, tant et si bien qu'il est parfois proposé d'accorder le droit d'immatriculation, même à défaut de conclusion d'un accord d'application⁷²¹. En réalité, l'implication des travailleurs n'est que la face émergée de l'iceberg. Plus que la matière sociale, les lourdeurs de la SE et de la SCE doivent être imputées à « *un manque d'efficacité économique lié à la multiplicité des systèmes juridiques et à l'absence de consolidation fiscale* »⁷²². En outre, si la SE et la SCE offrent, *prima facie*, un statut uniforme, il obéit néanmoins au droit de l'Etat où la société est implantée⁷²³.

502. Des mécanismes identiques. – Le mécanisme de négociation est quasiment identique que l'on soit en présence d'un GSN institué en vertu de la directive du 6 mai 2009 ou en vertu des directives portant sur la SE ou la SCE. Il existe une particularité liée à la mise en place du CEE. La directive du 6 mai 2009 prévoit en effet que « *la direction centrale et les directions locales, ainsi que les organisations européennes de travailleurs sont informées de*

⁷¹⁷ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 411.

⁷¹⁸ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §5 ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §6 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §6.

⁷¹⁹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 7, §1 ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 5, §1 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 5, §1.

⁷²⁰ Dir. n° 2001/86/CE, art. 5, §2 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 5, §2.

⁷²¹ Rapport d'évaluation de la SE du 19 mars 2007 : *Des pistes pour améliorer le statut social de la société européenne*, Liaisons. soc. quot. 2007.

⁷²² L. JULIEN-SAINT-AMAND, *Le (futur) rôle de la société européenne dans le monde des affaires en France et en Allemagne*, PA, 17 août 2006 n° 164, p. 43.

⁷²³ *Ibid.*

la composition du groupe spécial de négociation et du début des négociations »⁷²⁴. Les syndicats européens sont donc tenus informés des négociations relatives au CEE. Cette disposition n'est pas reprise par les directives 2001/86/CE et 2003/72/CE.

503. Financement. – Le financement est toujours assuré soit par la direction centrale de l'entreprise ou du groupe⁷²⁵ ou des entités participant à la création de la SE ou de la SCE⁷²⁶. Il est toujours question de « *permettre au groupe spécial de négociation de s'acquitter de sa mission d'une façon appropriée* »⁷²⁷.

504. Vote. – Quel que soit le GSN en cause, toutes les décisions sont adoptées à la majorité absolue de ses membres⁷²⁸, seule la décision d'arrêter les négociations est prise à la majorité des deux tiers. Cependant, lorsqu'il s'agit du GSN de la SE ou de la SCE, la majorité absolue des membres du GSN doit également représenter la majorité absolue des travailleurs concernés. Dans ces deux derniers cas, le vote à bulletin secret est donc impossible puisqu'il faudra identifier le nombre de travailleurs engagé par le vote des membres du GSN⁷²⁹. En outre, le vote nécessite une majorité des deux tiers lorsque l'accord d'implication prévoit de réduire la participation aux organes de direction⁷³⁰.

505. Collaboration et obligation de négociier. – Les parties doivent conduire la négociation dans un « *esprit de coopération* »⁷³¹. Cet esprit trouve à s'exprimer à travers les obligations d'information, de loyauté et de transparence propres à la tradition européenne du droit des contrats. Elle peut, par exemple, se traduire par « *la communication aux membres du GSN d'informations dont la divulgation à des tiers serait fâcheuse* »⁷³². Néanmoins, il n'empêche

⁷²⁴ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §2 b).

⁷²⁵ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §6.

⁷²⁶ Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §7 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §7.

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §6 ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §4 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §4. V. not. B. TEYSSIE, *Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes – Le déroulement de la négociation*, JCP S février 2006, act. 47 ; B. TEYSSIE, *Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes – Le déroulement de la négociation*, JCP S octobre 2005, act. 148.

⁷²⁹ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 441 et p. 459.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §1.

⁷³² B. TEYSSIE, *Le comité d'entreprise européen*, Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, étude 1.

pas le GSN de pouvoir se réunir seul, avant ou après sa réunion avec la direction⁷³³. Cette disposition n'existe pas pour le GSN de la SE et de la SCE. Il demeure que de telles réunions favorisent l'adoption d'une position commune du GSN, ce qui facilitera les négociations. Ces dernières doivent être conduites de bonne foi et de manière à parvenir à la conclusion d'un accord ; « *mais nulle obligation de conclure ne pèse sur les parties* »⁷³⁴.

506. Les ressemblances entre les trois GSN (CEE, SE et SCE) sont telles que l'adoption de dispositions communes de négociation paraît sérieusement envisageable. Une porosité existe. A titre d'exemple, le 10 avril 2015, le groupe Dassault Systèmes, se muant en société européenne, a conclu un accord sur l'implication des salariés instituant le comité de la SE⁷³⁵. Or, le groupe Dassault Systèmes est un groupe de dimension communautaire et disposait déjà d'un CEE. Le groupe avait d'abord envisagé, avant d'opérer une marche arrière liée à l'insécurité juridique, de sécuriser le processus de négociation en confiant à son comité d'entreprise européen la négociation de l'implication des travailleurs dans la future SE⁷³⁶.

II. L'accord d'application

507. Contraintes, libertés. – « *Convaincu que le dialogue social s'épanouit davantage lorsqu'il est choisi que subi, l'édifice législatif s'est construit autour de ce postulat* »⁷³⁷. Une grande liberté d'expression est laissée à l'autonomie des parties (B) sous réserve de quelques contraintes devant assurer que les droits à l'information et à la consultation des travailleurs ne soient pas injustement restreints (A).

A) Les contraintes

508. Thèmes, principes directeurs. – Les contraintes s'expriment par deux moyens : une liste de thèmes devant être traités par l'accord est prévu (1). De même, l'accord ne peut s'absoudre du respect de certaines définitions et principes directeurs (2).

⁷³³ Dir. n° 2009/38/CE, art. 5, §4.

⁷³⁴ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 412.

⁷³⁵ L'accord vise à « *instaurer un dialogue social régulier et constructif reflet de la culture collaborative de l'entreprise* » : *Dassault Systèmes se dote d'un comité européen pour la future SE*, Lais. Soc. Quotidien 2015.

⁷³⁶ Rapport d'évaluation de la SE du 19 mars 2007 : *Des pistes pour améliorer le statut social de la société européenne*, Liais. soc. quot. 2007.

⁷³⁷ A. TEISSIER, *Le contenu des accords instituant un comité d'entreprise européen*, JCP S, 2011, 1490.

1) *Thèmes obligatoires*

509. Périmètre. – Les directives imposent aux parties de prévoir dans leur accord les entreprises ou établissements concernés par l'instance créée⁷³⁸ ou plus simplement « *le champ d'application de l'accord* »⁷³⁹.

510. Composition. – La composition de l'instance est aussi un thème obligatoire, en ce compris le nombre de membres et la répartition des sièges⁷⁴⁰. Lorsqu'est en cause un CEE, une précision supplémentaire est apportée : la composition de l'instance doit permettre de prendre en compte « *dans la mesure du possible le besoin de représentation équilibrée des travailleurs selon les activités, les catégories de travailleurs et le sexe* ».

511. Attributions (missions). – Les parties doivent prévoir si une procédure ou une instance est mise en place par l'accord pour l'information et la consultation des travailleurs⁷⁴¹. Les deux moyens du dialogue social sont mis sur un pied d'égalité⁷⁴². La directive du 6 mai 2009 « *réserve l'autonomie des parties d'une telle façon que la liberté de celles-ci paraît pouvoir également s'exprimer quant à l'objet des informations et de la consultation* »⁷⁴³. Elle impose également aux parties de régler les modalités d'articulation entre les instances nationales et l'instance européenne⁷⁴⁴. Bien que cela ne soit pas prévu par les directives portant sur la SE et la SCE, une telle disposition serait la bienvenue.

⁷³⁸ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §2 a).

⁷³⁹ Dir. n° 2001/86/CE, art. 4, §2 a) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 a).

⁷⁴⁰ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §2 b) ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 4, §2 b) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 b).

⁷⁴¹ TGI de Paris, ord. réf. du 21 novembre 2006, *Gaz de France* : JCP G 2007, II 10009, note B. TEYSSIE.

⁷⁴² Dir. n° 2001/86/CE, art. 4, §2 c) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 c).

⁷⁴³ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-Cl : 611 ; cela ne semble pas être le cas lorsque les parties optent pour la mise en place d'une procédure d'information et de consultation en lieu et place de l'institution du CEE, les représentants internes des travailleurs doivent se réunir pour « *procéder à un échange de vues* » et recevoir les informations concernant les « *questions transnationales qui affectent considérablement les intérêts des travailleurs* », V. Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §3.

⁷⁴⁴ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §2 c).

512. Réunions, ressources (moyens). – Les moyens, matériels et financiers, nécessaires à la réalisation des missions de l’instance doivent aussi être abordés⁷⁴⁵. Aucun minimum n’existe. Le comité pourra renoncer complètement aux moyens financiers si la direction de l’entreprise communautaire apporte d’autres garanties comme la prise en charge systématique des frais d’expertise. En revanche, « *le lieu, la fréquence, et la durée des réunions* » du comité d’entreprise européen doivent être déterminées⁷⁴⁶. Ce qui suppose qu’au moins une réunion se tienne. Le lieu de cette réunion fait souvent défaut dans les accords mais il est admis que « *les réunions se tiennent au siège du groupe* » même si des « *réunions foraines* » permettant de se rapprocher des travailleurs concernés peuvent être envisagées⁷⁴⁷. Les directives portant sur la SE et la SCE sont moins précises : seule la fréquence des réunions doit être précisée⁷⁴⁸. La directive du 6 mai 2009 prévoit également que la possibilité d’instaurer un comité restreint doit être envisagée, sans pour autant en faire une obligation⁷⁴⁹.

513. Date d’entrée en vigueur, durée et révision. – Dans des termes pratiquement identiques, les directives prévoient que l’accord doit contenir sa « *date d’entrée en vigueur et sa durée* »⁷⁵⁰, les modalités selon lesquelles l’accord peut être amendé ou dénoncé ainsi que les cas de renégociation et la procédure y afférent, notamment dans le cas où survient « *une modification* » de la structure de l’entreprise communautaire, de la SE ou de la SCE⁷⁵¹.

514. L’exemple du comité de la SE Dassault Systèmes. – Le comité de la nouvelle SE Dassault Systèmes dévoile la richesse de certains accords. L’instance est compétente, conformément aux prescriptions de la directive, pour toutes les questions transnationales. Cependant, ses droits sont variables selon les thématiques ; elle bénéficie tantôt d’un droit à l’information et à la consultation, tantôt du seul droit à l’information. Pour qu’une consultation ait lieu sur un projet transnational, un effectif suffisant doit être impacté. Par exemple, si la SE compte au moins deux cent cinquante travailleurs dans l’Etat sur lequel elle est implantée, il faut, pour déclencher la consultation, que le projet concerne au moins deux cents travailleurs dans l’ensemble de la SE et au moins cinquante dans l’Etat d’implantation. Deux réunions ordinaires par an sont prévues ainsi qu’un comité restreint conçu notamment

⁷⁴⁵ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §2 f) ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 4, §2 e) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 e).

⁷⁴⁶ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §2 d).

⁷⁴⁷ A. TEISSIER, *Le contenu des accords instituant un comité d’entreprise européen*, JCP S, 2011, 1490.

⁷⁴⁸ Dir. n° 2001/86/CE, art. 4, §2 d) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 d).

⁷⁴⁹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §2 e).

⁷⁵⁰ L’instance peut être créée pour une durée déterminée ou indéterminée selon le choix des parties.

⁷⁵¹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 6, §2 g) ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 4, §2 h) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 h).

comme une « *instance préalable d'informations* » et « *groupe de travail préparatoire à la consultation* ». Trois mille deux cent cinquante euros sont alloués à chaque membre du comité de la SE pour couvrir les dépenses liées aux formations, réunions et colloques. Ces derniers disposent également d'un aller-retour par an payé par la direction pour se rendre aux réunions, de moyens de télécommunication et de la mise en place d'une plate-forme collaborative informatisée. Enfin, un budget de vingt-mille euros est attribué à l'instance pour les expertises⁷⁵².

2) *Principes directeurs*

515. Responsabilité. – Il doit exister « *une responsabilité* » dans l'exercice des droits à l'information et à la consultation⁷⁵³. En effet, la collaboration qui a présidé à l'élaboration de l'accord se poursuit entre la direction centrale et le comité d'entreprise européen⁷⁵⁴. Cet esprit de collaboration « *renvoie à l'obligation de bonne foi, au devoir de loyauté* »⁷⁵⁵. Il s'agit d'ailleurs de la seule obligation assignée tant au comité qu'à la direction qui soit présente dans la directive pour réguler « *le fonctionnement* »⁷⁵⁶ du CEE et de la procédure d'information et de consultation des travailleurs. Des dispositions en tous points identiques sont prévues dans le cadre de la SE⁷⁵⁷ et de la SCE⁷⁵⁸. Les autres principes directeurs résultent des définitions mêmes des notions d'information et de consultation.

516. Principes directeurs commun. – Le but des directives sociales instituant des instances de représentation européennes des travailleurs est d'informer et de consulter les travailleurs. L'effet utile de ces droits doit être assuré afin de « *permettre une prise de décision efficace de l'entreprise ou du groupe d'entreprises* »⁷⁵⁹. L'information et la consultation sont

⁷⁵² Dassault Systèmes se dote d'un comité européen pour la future SE : Liais. soc. quot. 2015.

⁷⁵³ A-L. ZABEL, *Prérogatives et responsabilité des institutions de représentation collective au niveau européen*, étude in BS 5/12.

⁷⁵⁴ Dir. n° 2009/38/CE, art. 9.

⁷⁵⁵ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 412.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ Dir. n° 2001/86/CE, art. 9.

⁷⁵⁸ Dir. n° 2003/72/CE, art. 11.

⁷⁵⁹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 1, §2.

matériellement limitées aux questions transnationales⁷⁶⁰ ou en lien avec la SE ou la SCE, leurs filiales ou établissements⁷⁶¹.

517. Information. – La directive du 6 mai 2009 offre aux entreprises la définition la plus complète de l'information qui ait été donnée par le législateur européen. L'information consiste en « *la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de permettre à ceux-ci de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner; l'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, qui permettent notamment aux représentants des travailleurs de procéder à une **évaluation en profondeur de l'incidence** éventuelle et de préparer, le cas échéant, des consultations avec l'organe compétent de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire* »⁷⁶². La prise de connaissance du sujet traitée est insuffisante, l'information doit être d'une qualité telle qu'elle permette d'examiner les thèmes et de se forger une opinion. Une information plus minutieuse encore est requise lorsqu'elle précède une consultation. Les directives portant sur la SE et la SCE sont moins précises, leur rédaction ne distingue notamment pas le cas où l'information est fournie seule de celui où elle précède la consultation. En cela, ces directives laissent une plus grande liberté aux parties même si la compétence de l'instance apparaît, quoi qu'il arrive, très vaste⁷⁶³.

518. Consultation. – La consultation est conçue comme « *l'établissement d'un dialogue et l'échange de vues entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié, à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs d'exprimer, **sur la base des informations fournies** et dans un délai raisonnable, un **avis** concernant les mesures proposées qui font l'objet de la consultation, sans préjudice des responsabilités de la direction, lequel pourra être pris en compte au sein de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire* »⁷⁶⁴. La même idée est présente au sein des

⁷⁶⁰ Dir. n° 2009/38/CE, art. 1, §3 et §4 : « *Sont considérées comme transnationales les questions qui concernent l'ensemble de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire, ou au moins deux entreprises ou établissements de l'entreprise ou du groupe situés dans deux États membres différents* ».

⁷⁶¹ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2 i) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 2 i).

⁷⁶² Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 f).

⁷⁶³ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2 i) *in fine* ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 2 i) *in fine*.

⁷⁶⁴ Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, §1 g).

directives portant sur la SE et la SCE⁷⁶⁵ : un échange de point de vues doit avoir lieu. Pour cela, l'instance doit fournir son propre point de vue à la direction par le truchement d'un avis.

519. Cependant, tant la directive 2009/38/CE que les directives 2001/86/CE et 2003/72/CE n'imposent pas que l'avis ait une portée décisionnelle. Il s'agit d'un avis simple « *qui pourra être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel* » ou pas⁷⁶⁶. En revanche, il apparaît à la lecture du texte que l'avis doit être exprimé avant la prise de décision par la direction. En effet, à quoi bon préciser, dans le cas contraire, que l'avis doit être rendu dans « *un délai raisonnable* » et « *sans préjudice des responsabilités de la direction* » ? Ces définitions précisées, la directive laisse le champ libre à l'autonomie de la volonté des parties à l'accord, à leur créativité et leur ingéniosité.

B) Les libertés

520. Libertés. – Par principe, tout ce qui n'est ni contraire aux objectifs de la directive, ni au droit de l'Union, en ce compris les droits et libertés fondamentaux auxquels l'Union adhère peut figurer dans l'accord.

521. Instance vivante. – Le comité d'entreprise européen est une instance vivante, nourrie des diverses visions sociales de chacun des États membres où l'entreprise est implantée. Il en va de même pour le comité de la SE ou de la SCE qui s'avère aussi une instance de synthèse. Les pouvoirs et pratiques de ces instances européennes sont variables selon les pratiques du dialogue propre à chaque entreprise.

522. Information et consultation. – Les comités européens sont avant tout « *des instances de facilitation, des lieux où l'on fait remonter les difficultés et où l'on essaie de trouver des solutions pays par pays* »⁷⁶⁷. La fédération syndicale européenne « IndustriAll » déplore qu'ils soient trop souvent cantonnés à l'information même si cela assure, à tout le moins, « *un dialogue social continu* »⁷⁶⁸. La consultation est plus rare alors que la directive du 6 mai 2009 met les droits à l'information et à la consultation sur un pied d'égalité.

⁷⁶⁵ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2 j) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 2 j).

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ Débat du 28 avril 2015 à la Maison de l'Europe : *Le CE européen, facilitateur de dialogue ?* SSL 2015, n° 1675.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

523. Clauses facultatives. – Les parties sont libres, au-delà des thèmes obligatoires et dans le respect des principes de la directive du 6 mai 2009, « *d’explorer d’autres terres* »⁷⁶⁹. Qu’il s’agisse de la composition de l’instance – présidence, secrétariat, présence de représentants syndicaux – ou des modalités pratiques du dialogue – adoption d’une langue officielle, attribution d’un droit de visite à certaines personnalités, prévisions des contentieux – peu de choses échappent à la liberté contractuelle des parties⁷⁷⁰.

524. Accords-cadres européens (« ACE »). – Le dialogue social européen externe aux entreprises donne lieu à la conclusion d’accords-cadres européens signés par des organisations syndicales européennes. Souvent, la pratique consiste à associer le comité européen aux négociations syndicales. Ainsi, les organisations syndicales du groupe GDF Suez sont signataires de quatre ACE. Deux d’entre eux (les accords « santé-sécurité » et « GPEC ») ont été signés en 2009 avec des membres du groupe spécial de négociation. *A minima*, le comité d’entreprise européen est informé du déroulement des négociations et du contenu de l’accord. Tel fut le cas pour l’accord « Égalité professionnelle ». Le comité d’entreprise européen est parfois plus impliqué. L’accord relatif à l’« Amélioration de la QVT »⁷⁷¹ a été adopté à l’initiative du groupe de travail « santé et sécurité » du comité d’entreprise européen⁷⁷². Ce dernier dispose d’ailleurs de trois autres groupes de travail très actifs : *reporting* social, énergie et service.

525. Le comité d’entreprise européen « *est là pour préparer le terrain, faire émerger un sujet de négociation ensuite repris par les organisations syndicales* »⁷⁷³. S’est développée la pratique du mandat syndical : seuls les membres du comité européen ayant reçu un mandat d’une organisation syndicale européenne pourront participer à la négociation. Le comité d’entreprise européen assure également la bonne application des ACE. Ainsi, l’instance

⁷⁶⁹ B. TEYSSIE, *Contenu des accords portant création de comité d’entreprise européens dans les groupes de dimension communautaire*, JCP S, novembre 2015, 1403.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ Qualité de Vie au Travail.

⁷⁷² R. TEXTORIS, *L’expérience GDF Suez : entretien avec le Secrétaire adjoint du comité d’entreprise européen GDF Suez*, SSL 2015, n° 1675.

⁷⁷³ Débat du 28 avril 2015 à la Maison de l’Europe : *Le CE européen, facilitateur de dialogue ?* SSL 2015, n° 1675.

européenne du groupe Total a mis en place un tableau de bord permettant de s'assurer de l'application de l'ACE au niveau local⁷⁷⁴.

526. Accords conclus avec le CEE. – Quelques fois le CEE devient directement instance de négociation avec la direction. Le groupe de réassurance Scor SE a signé le 29 janvier 2015 une Charte relative à l'égalité professionnelle. La méthode a consisté en un recensement des bonnes pratiques au sein des onze pays dans lesquels le groupe est implanté⁷⁷⁵. S'est posé la question de la nature juridique de ces accords passés avec le CEE dont l'accord initial n'avait pas prévu l'existence. Au vu des débats suscités par cette question et de « *la pratique professionnelle qui, comme toujours en matière sociale, n'attend pas* »⁷⁷⁶, il serait bon que le législateur européen complète la directive du 6 mai 2009 avec un régime supplétif applicable à la conclusion d'accords avec le CEE⁷⁷⁷. En l'état actuel, « *les éventuelles causes d'illégitimité du comité d'entreprise européen incitent les entreprises ou les groupes à se tourner vers les organisations syndicales dotées d'un champ d'intervention plus large* »⁷⁷⁸.

527. Comité mondiale. – Si le comité d'entreprise européen n'a pas, en principe, compétence pour conclure directement des accords avec la direction, il ne dispose pas, *a fortiori*, de la capacité de transposer des accords-cadres internationaux conclus par certains groupes mondiaux. Les libertés sont grandes mais peut-être insuffisantes. Ainsi, le groupe mondial éprouvera parfois le besoin de s'engager dans la création d'une instance mondiale de représentation du personnel à laquelle la directive sur le comité d'entreprise européen offre un fondement plus palpable que la loi sociale transnationale⁷⁷⁹. Aux incertitudes inhérentes à la conclusion d'un « *contrat de droit international privé* », la directive du 6 mai 2009 apporte tant un cadre de négociation qu'une assise légale solide. La liberté contractuelle est assurée par la directive du 6 mai 2009 : « *les parties intéressées peuvent convenir d'autres procédures pour l'information et la consultation transnationale des travailleurs* »⁷⁸⁰, ce qui permet

⁷⁷⁴ Ibid.

⁷⁷⁵ R. TEXTORIS, *L'expérience GDF Suez : entretien avec le Secrétaire adjoint du comité d'entreprise européen GDF Suez*, SSL 2015, n° 1675.

⁷⁷⁶ B. TEYSSIE, *Droit du travail Relations collectives*, 9^{ème} édition, LexisNexis 2014, p. 495.

⁷⁷⁷ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, pp. 434-435.

⁷⁷⁸ B. KRIEF, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, Ed. Panthéon Assas, 2011, p. 368.

⁷⁷⁹ V. en sens contraire : R. DUPIRE, *Repenser la négociation collective transnationale*, JCP S n° 50, 2013, 1472.

⁷⁸⁰ Dir. n° 2009/38/CE, consid. 31.

d'envisager la création d'un « *comité d'entreprise européen mondialisé* »⁷⁸¹. Les rigidités ne résultent finalement pas du droit européen mais de certaines de ses transpositions⁷⁸² ; les partenaires sociaux sont incités par les praticiens à gommer les « *réflexes nationaux [et] les particularités que n'ont pas su éviter les pouvoirs publics* »⁷⁸³.

§2. – L'information et la consultation imposées

528. Normes imposées : hypothèses, contenu. – Lorsque la création conventionnelle de l'instance européenne échoue, les directives sociales prévoient des normes subsidiaires au contenu bien précis (II) qui peuvent s'imposer dans certaines hypothèses (I).

I. Cas de mise œuvre

529. Annexe. – Les prescriptions subsidiaires permettant la mise en place d'un comité légal de l'entreprise communautaire, de la SE ou de la SCE sont présentes au sein d'une annexe attachée à la fin de chaque directive. Toutefois, la force obligatoire de l'annexe pour les Etats membres est identique au contenu de la directive. En effet, « *les prescriptions subsidiaires [...] telles qu'elles sont arrêtées par la législation des Etats membres doivent satisfaire aux dispositions de la directive* »⁷⁸⁴.

530. Trois hypothèses distinctes. – Il existe trois hypothèses dans lesquelles cette annexe trouve application. Deux sont communes au CEE et aux instances de représentation de la SE et de la SCE. Il s'agit de l'application volontaire et de l'écoulement complet des délais de négociation. La troisième est propre à la directive du 6 mai 2009 qui envisage le refus de négocier exprimé par la direction.

531. Application volontaire. Les parties peuvent décider d'adopter au sein de leur accord les prescriptions subsidiaires. Cela permet d'anticiper un échec des négociations lorsqu'aucune des parties n'est prête à faire des concessions⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ B. TEYSSIE, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, LexisNexis, éd. 2012, p. 78.

⁷⁸² R. DUPIRE, *Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ?* JCP S n° 7, 2014, 1066.

⁷⁸³ A. TEISSIER, *L'implication des salariés dans la société européenne : la constitution du groupe spécial de négociation, approche de droit comparé*, JCP S janvier 2006, 1095

⁷⁸⁴ Dir. n° 2009/38/CE, art. 7, §2.

⁷⁸⁵ Dir. n° 2009/38/CE, art. 7, §1 ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 7, §1 a) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 7, §1 a).

532. Expiration des délais. – Les négociations ne peuvent durer éternellement, surtout lorsqu’il en va de l’existence-même de la société en cause. Ainsi, les directives portant sur la SE et la SCE donne la possibilité de négocier pendant six mois⁷⁸⁶. L’urgence est moins présente en matière de CEE où les négociations s’étalent au maximum sur une période de trois ans. Quel qu’il soit, l’expiration de ce délai emporte de plein droit applicable des dispositions subsidiaires des directives, à la seule condition que le GSN n’ait pas refusé d’ouvrir les négociations à la majorité des deux tiers de ses membres⁷⁸⁷. En ce dernier cas, aucun dispositif d’information et de consultation ne pourra être mis en œuvre pendant une période de deux ans.

533. Refus de négocier exprimé par la direction. – Selon la directive du 6 mai 2009, la direction centrale peut refuser « l’ouverture des négociations dans un délai de six mois à compter de la demande » faite de mise en place du CEE faite par cent travailleurs émanant de deux Etats différents⁷⁸⁸. « La direction centrale a d’ailleurs pu refuser d’ouvrir cette négociation présumant qu’aucun accord ne serait possible, ... sinon pour mettre en œuvre les prescriptions subsidiaires ! »⁷⁸⁹.

534. Si l’une de ces trois conditions se réalise, les normes subsidiaires se transformeront en normes imposées dont il faut étudier le contenu.

II. Contenu des normes imposées

535. Double-recoupement. – Le contenu des normes imposées en cas d’échec des négociations au sein des annexes comporte un double recoupement. D’une part, ces normes recoupent très largement les thèmes obligatoires de négociation ; d’autre part, elles sont presque identiques quelle que soit la directive concernée.

536. Personnalité juridique. La personnalité juridique de l’instance légale n’est pas prévue par les directives mais elle a été consacrée par le Tribunal de première instance des communautés européennes en 2002. Le juge européen a accepté qu’un CEE légal soit partie

⁷⁸⁶ Renouvelable par accord des parties dès lors que la durée totale des négociations n’excèdent pas un an.

⁷⁸⁷ Dir. n° 2009/38/CE, art. 7, §1 ; Dir. n° 2001/86/CE, art. 7, §1 b) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 7, §1 b).

⁷⁸⁸ Dir. n° 2009/38/CE, art. 7, §1.

⁷⁸⁹ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l’entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

intervenante d'un comité de groupe lors d'un recours formé contre une décision de la Commission⁷⁹⁰.

537. Composition. – La composition l'instance européenne épouse celle prévue pour la composition du GSN⁷⁹¹, reste à étudier ses missions (A) et les moyens dont elle dispose pour y parvenir (B).

A) Les missions de l'instance légale

538. Compétence. – La compétence du CEE légal est identique à celle du CEE conventionnel : elle est limitée aux questions transnationales⁷⁹². La compétence de l'instance légale de représentation de la SE ou de la SCE a également un caractère « transeuropéen »⁷⁹³ mais serait peut-être plus large⁷⁹⁴. En effet, elle est limitée aux questions qui excèdent les pouvoirs des instances nationales *ou* aux questions – *nationales* ? – ayant trait à la SE, la SCE ou leurs filiales ou établissements.

539. Contenu de l'information. – Le contenu de l'information à fournir n'est pas laissé à la libre appréciation des Etats membres. Ces derniers ont une faible marge de manœuvre étant donné la précision dont a fait preuve le législateur européen. Les trois pôles d'information, qui rappellent d'ailleurs ceux adoptés par la France pour l'information du comité d'entreprise⁷⁹⁵, sont « *la structure, la situation économique et financière, l'évolution probable des activités, la production et les ventes [...] la situation et l'évolution probable de l'emploi* ». D'autres informations plus précises concernent l'introduction de nouvelles méthodes de travail, les investissements, les transferts de production, les fusions, la réduction de la taille ou la fermeture d'entreprises, d'établissements ou de parties importantes de ceux-

⁷⁹⁰ TPICE, Ord., 6 juin 2002, *Schneider Electric c/ Commission*, aff. T-77/02.

⁷⁹¹ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 1 b) et c) ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 1 e) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 1 e).

⁷⁹² Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 1 a) al. 1^{er}.

⁷⁹³ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁷⁹⁴ Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 a) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 a).

⁷⁹⁵ C. trav., L. 2323-6 : « *Les orientations stratégiques de l'entreprise ; La situation économique et financière de l'entreprise ; La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi* ».

ci et les licenciements collectifs⁷⁹⁶. La transposition de l'Etat ne peut faire fi d'aucune de ces obligations.

540. Modalités de la consultation. – La consultation n'est pas conçue de manière unilatérale comme la simple expression d'un avis. Les représentants européens des travailleurs ont aussi le droit « *d'obtenir une réponse motivée à tout avis qu'ils pourraient émettre* »⁷⁹⁷.

541. Pour qu'ils puissent accomplir leurs missions, la directive attribue, avec la même précision, un certain nombre de moyens aux représentants des travailleurs.

B) Les moyens de l'instance légale

542. Fonctionnement : comité restreint et règlement intérieur. – Un comité restreint peut être institué si la taille du comité légal de la SE ou de la SCE le justifie⁷⁹⁸. Une dose de liberté est introduite au sein des dispositions impératives. Ce n'est pas le cas du CEE qui doit élire un comité restreint qu'il le veuille ou non⁷⁹⁹. Les deux instances adoptent également un règlement intérieur dont le contenu est libre⁸⁰⁰. Il existe une possibilité, pour l'organe plénier comme pour le comité restreint de se réunir seul, sans que la direction soit présente⁸⁰¹. Il s'agit d'une « *réunion préparatoire* »⁸⁰² afin d'aboutir à un consensus ou d'adopter la stratégie ou la position commune qui sera présentée à la direction centrale. Quatre ans après l'institution du comité légal, des négociations doivent s'ouvrir afin d'adopter un comité conventionnel⁸⁰³. Cette obligation ne devrait pas s'appliquer lorsque les parties ont choisi, par

⁷⁹⁶ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 1 a) al. 2 ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 b) al. 3 ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 b) al. 3.

⁷⁹⁷ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 1 a) al. 3.

⁷⁹⁸ Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 1 c) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 1 c).

⁷⁹⁹ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 1 d).

⁸⁰⁰ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 1 d) al. 2 ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 1 d) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 1 d).

⁸⁰¹ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 4 al. 2 ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 d) al. 2 ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 d) al. 2.

⁸⁰² B. TEYSSIE, *L'implication des salariés dans la société coopérative européenne – Normes subsidiaires : l'organe légal de représentation*, JCP S, février 2006, act. 69 ; B. TEYSSIE, *L'implication des salariés dans la société européenne – Normes subsidiaires : le comité légal*, JCP S, octobre 2005, act. 168. V. aussi J-P. TRICOIT, *Comité de la Société Européenne*, J-Cl : 15-72.

⁸⁰³ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 1 f) ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 1 g) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 1 g).

accord, de se référer aux dispositions des directives : l'adoption conventionnelle d'un cadre légal ne change pas l'accord en loi.

543. Réunion ordinaire, réunions extraordinaires. – La réunion d'information et de consultation de l'instance européenne a lieu chaque année⁸⁰⁴. Cependant, en cas de danger pour les travailleurs ou leurs emplois, à savoir lorsque « *des circonstances exceptionnelles ou des décisions [...] qui affectent considérablement les intérêts des travailleurs* » interviennent, des réunions supplémentaires doivent avoir lieu si l'instance européenne en fait la demande, dans des délais brefs et, en tout état de cause, adaptés à l'urgence de la situation⁸⁰⁵. S'il s'agit d'une SE ou d'une SCE et qu'un avis négatif est émis à propos de la décision envisagée par la direction, une seconde réunion doit avoir lieu pour tenter de parvenir à un accord⁸⁰⁶. Telle n'est pas le cas pour le CEE. Une disposition a semé le trouble : la réunion intervenue dans ces circonstances ne porte pas atteinte aux prérogatives de la direction centrale ou de l'organe compétent⁸⁰⁷... Est-ce à dire que l'employeur peut adopter définitivement sa décision avant que n'ait lieu la réunion avec l'instance européenne ou bien n'est-ce qu'une formule permettant de souligner le caractère purement consultatif de l'avis ? Il faut pencher pour cette dernière hypothèse, sans quoi la directive serait en contradiction avec ses propres définitions de l'information et de la consultation.

544. Financement. – Les dépenses de fonctionnement de l'instance légale européenne sont supportées par la direction centrale. Les ressources financières et matérielles doivent être suffisantes pour lui permettre de s'acquitter de sa mission d'une manière appropriée. Etant donné le caractère transnational de l'instance, le législateur européen a particulièrement insisté sur les frais d'interprétation et de séjour des membres de l'instance. Dès lors que ce financement « minimaliste » est assuré, les Etats sont libres d'attribuer ou non des moyens budgétaires et financiers supplémentaires et de limiter la prise en charge par l'employeur d'une seule expertise par an⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 2 ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 b) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 b).

⁸⁰⁵ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 3 al. 1^{er} ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 c) al. 1^{er} ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 c) al. 1^{er}.

⁸⁰⁶ Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 c) al. 2 ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 c) al. 2.

⁸⁰⁷ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 3 al. 4 ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 c) al. 4 ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 c) al. 4.

⁸⁰⁸ Dir. n° 2009/38/CE, annexe, part. 4 et 5 ; Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 2 f), g) et h) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 2 f), g) et h).

545. Conclusion de la Section 2. – Alors même qu'ils se situent dans des directives distinctes, le CEE, le comité de la SE et le comité de la SCE sont très proches. Ces trois instances ont, au-delà de leurs similitudes, un point commun qui renforce leurs liens : l'entreprise *européenne*. En ce qui concerne les droits à l'information et à la consultation, les directives portant sur la SE et la SCE pourraient tout simplement rejoindre la directive du 6 mai 2009 : il suffirait de les mentionner dans la définition de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire et d'ajouter un à deux articles spécifiques pour les quelques particularités mises en évidence au sein de la présente section.

546. CONCLUSION DU CHAPITRE 1. – Pour améliorer le dialogue social d’entreprise à l’échelle européenne, et au-delà d’une éventuelle intégration des directives 2001/86/CE et 2003/72/CE au sein de la directive du 2009/38/CE, il faudrait surtout que la Commission européenne propose un régime sûr applicable aux accords conclus entre l’instance européenne de représentation et la direction. Un rapport sur l’application de la directive 2009/38/CE doit, en effet, être remis au Parlement ainsi qu’au Comité économique et social européen, au plus tard le 5 juin 2016⁸⁰⁹. La directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 demeure, quant à elle, l’écho de la conception européenne du dialogue social au niveau national. L’adoption d’un régime pour l’accord conclu entre l’instance européenne et la direction pourrait entraîner dans un avenir proche l’adoption d’une disposition similaire au sein de la directive 2002/14/CE. Les Etats membres se sentiraient alors plus libres (ou plus contraints) de reconnaître la valeur d’accord collectif de travail au contrat signé entre la direction et une instance nationale de représentation des travailleurs.

547. Le système européen des relations collectives de travail pouvait apparaître en 2005 comme « *une contractualisation de la représentation du personnel* »⁸¹⁰. La connotation péjorative de cette expression semble avoir disparu en 2016, du moins aux yeux des pouvoirs publics français qui s’apprêtent à adopter une toute nouvelle approche du droit du travail. De « grands principes » constitueront l’ordre public social, d’autres dispositions constitueront un droit de la négociation collective et enfin, en l’absence d’accord, des mesures supplétives s’appliqueront. La similitude avec la méthode européenne est flagrante : tout est fait pour aboutir à un accord. En favorisant l’accord, le droit européen de la représentation du personnel permet un dialogue d’entreprise adapté à chaque contexte économique, social et humain. Il n’est pas certain que l’adoption d’un « *droit unique* »⁸¹¹ apporte satisfaction aux acteurs. A tout le moins, toutes les entreprises – nationales *et* européennes – sont couvertes par le champ de l’information et de la consultation. Tous les travailleurs bénéficient, *via* leurs représentants, d’un droit de regard sur le fonctionnement de l’entreprise ; le droit européen leur offre parfois même « les clefs » permettant d’accéder aux organes de direction et de peser en leur sein.

⁸⁰⁹ Dir. n° 2009/38/CE, art. 15.

⁸¹⁰ G. PERRIER, *La société européenne : vers une contractualisation accrue de la représentation du personnel*, JCP S, novembre 2005, act. 275.

⁸¹¹ B. KRIEF, *Essai sur l’émergence d’un droit européen de la représentation collective*, édition Panthéon-Assas, 2011, pp. 375-377, n°730 et s.

Chapitre 2 : Le dialogue social dans les organes de décision

548. Implication : une décision commune. – L'implication est définie par les directives sociales de l'Union comme « *l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise* »⁸¹². Les travailleurs disposent donc, par l'intermédiaire de leurs représentants, d'un droit de cité au sein des organes de direction de certaines sociétés européennes. Il s'agit de confier aux travailleurs une parcelle du pouvoir de la direction afin que la décision adoptée émane de *toute* l'entreprise⁸¹³. « *Le gouvernement d'entreprise* » est devenu un objet de débat public dans toute l'Europe⁸¹⁴.

549. Participation financière. – La participation financière des salariés aux bénéfices de l'entreprise est un souhait de l'Union européenne, matérialisé par la recommandation du 27 juillet 1992 sur la participation des salariés aux bénéfices, aux résultats et au capital de l'entreprise⁸¹⁵, voire du groupe⁸¹⁶. Il s'agit par exemple de l'actionnariat salarié⁸¹⁷. L'espoir est de susciter un « *surcroît de motivation et donc de productivité et de compétitivité de l'entreprise* »⁸¹⁸. Dans un rapport publié en octobre 2014, la Commission fait deux constats. Le premier : malgré la crise, les mécanismes d'actionnariat salarié ont bondi de 10% entre 2009 et 2013. Le second : les entreprises dotées de mécanismes de participation financière des travailleurs sont, en général, plus performantes. Pour les encourager, une nouvelle recommandation serait inutile, mais un règlement serait trop abrupt au regard des diversités sociales en la matière. La Commission suggère d'adopter une directive dans laquelle les Etats membres auraient le choix d'emprunter l'un quelconque des systèmes proposés : octroi

⁸¹² Dir. n° 2001/86/CE, art. 2 h) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 2 h) ; Dir. n° 2005/56/CE, préambule, consid. 13 qui renvoie à la directive n° 2001/86/CE.

⁸¹³ P-Y GOMEZ, X. HOLLANDTS, *La représentation des salariés aux conseils d'administration. Enjeux, obstacles et préconisations*, RDT 2015, p. 451.

⁸¹⁴ E. PICHOT, *La participation des salariés aux organes des sociétés en Europe*, PA, 16 avril 2002, n° 76, p. 12.

⁸¹⁵ Recommandation n° 92/443/CEE.

⁸¹⁶ A. TEISSIER, *La politique de rémunération dans le groupe*, JCP S 2013, 1080.

⁸¹⁷ N. MOIZARD, *L'actionnariat des salariés*, Dr. soc. 2014, p. 561 ; V. aussi les interrogations sur « *le salarié-actionnaire ou l'actionnaire-salarié* » ainsi que sur le transfert éventuel des risques de l'employeur aux salariés, P. LOKIEC, *Le contrat de salarié-actionnaire, vers un droit du travail à double vitesse*, RDT 2014, p. 16.

⁸¹⁸ B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 270.

d'actions gratuites, augmentations de capital réservées aux travailleurs, participation aux bénéfices, etc.⁸¹⁹.

550. Participation politique. – Certains ont vu dans la création d'une société européenne l'avènement d'une « *citoyenneté européenne de l'entreprise* »⁸²⁰. La participation politique des travailleurs à la direction de l'entreprise se rencontre désormais dans plusieurs directives instituant un dialogue social d'entreprise ; elle en constitue l'une des facettes. A l'instar du Professeur Rodière, il est possible de distinguer deux types de sociétés : celles dont le statut résulte du droit européen, à savoir la SE et la SCE, et celles qui, « *tout en constituant des sociétés de droit national, sont soumises par le droit de l'Union à des obligations [...] en matière de participation, [à savoir :] la société issue d'une fusion transfrontalière* »⁸²¹. Néanmoins, le parti-pris adopté suppose d'appréhender la participation dans sa globalité, en définissant son périmètre (**Section 1**) et son contenu (**Section 2**).

⁸¹⁹ B. LECOURT, *Participation financière des salariés : publication d'une étude par la Commission européenne*. « *The Promotion of Employee Ownership and Participation, Study prepared by the Inter-University Centre for European Commission's DG MARKET, Final Report, Commission européenne, oct. 2014* », Rev. sociétés 2015, p. 139.

⁸²⁰ L. IDOT, A propos du rapport Lenoir, *La SE ou Societas Europea. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, Europe n° 6, juin 2007, alerte 32.

⁸²¹ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

Section 1 : Périmètre de la participation

551. Identification, articulations. – La définition du périmètre des normes européennes relatives à la participation comprend l'identification des sociétés concernées (**Sous-section 1**) ainsi que des règles d'articulation (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Identification des sociétés

552. Sociétés européennes, sociétés transfrontalières. – La nécessité d'une participation des travailleurs au sein des sociétés européennes était admise dès les premiers projets de création d'une société européenne⁸²² (**§1**). Elle s'est étendue aux sociétés issues de la fusion transfrontalière de sociétés de capitaux (**§2**).

§1. – La participation dans les sociétés européennes

553. SE, SCE. – La participation fait *partie* de « *l'implication des travailleurs* » au sein des sociétés européennes⁸²³. Comme pour les droits à l'information et à la consultation, ni la SE, ni la SCE ne peuvent être immatriculées tant que la question de la participation n'est pas réglée⁸²⁴.

554. Modes de constitution et participation. – La SE et la SCE sont des sociétés statutairement européennes. Les règlements qui leur donnent naissance sont d'application immédiate et d'effet direct dans chacun des Etats membres. Les directives qui s'y attachent assurent une mise en œuvre souple de la participation, tout en garantissant son existence. Règlements et directives traduisent en réalité « *les orientations générales de la proposition de 1975 [...], une volonté de créer un texte à la fois souple et complet* »⁸²⁵.

555. Les modes de constitution prévus pour la SE ou la SCE peuvent influencer sur la mise en place de la participation des travailleurs. La SE et la SCE peuvent être constituées par voie de fusion⁸²⁶, par transformation directe d'une société anonyme en SE⁸²⁷ ou d'une coopérative

⁸²² K. J. HOPT, *Problèmes de la participation en Europe*, RTD com. 1981, p. 401.

⁸²³ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2 h) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 2 h).

⁸²⁴ Cf. Chapitre 1, Section 2.

⁸²⁵ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 469.

⁸²⁶ Régl. n° 2157/2001 CE, art. 17 ; Régl. n° 1435/2003 CE, art. 19 et s.

⁸²⁷ Régl. n° 2157/2001 CE, art. 37 et s.

nationale en SCE⁸²⁸. La SE peut, en outre, être constituée par la création d'une holding⁸²⁹ ou d'une filiale⁸³⁰.

556. Il existe, quel que soit la mode de constitution, une identité de forme et de fond presque parfaite entre le régime de la participation au sein de la SE et de la SCE⁸³¹.

§2. – La participation dans les sociétés issues d'une fusion transfrontalière

557. Société européenne ou nationale ? Une autre catégorie de sociétés est concernée par la participation des travailleurs. Il s'agit des sociétés issues de la fusion transfrontalière de sociétés de capitaux. Celles-ci sont réglementées par le législateur européen au sein de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005. Plus exactement, cette directive régit la fusion en elle-même ; elle ne régit pas la société qui en résulte. Cette dernière « *se présente comme une société de droit national régie par la loi du lieu de son siège statutaire* »⁸³².

558. Fusion transfrontalière. – Une fusion *transfrontalière* doit intervenir pour que la directive du 26 octobre 2005 trouve application⁸³³. Il peut s'agir d'une fusion-absorption⁸³⁴, d'une fusion par création d'une nouvelle société⁸³⁵ ou d'une fusion simplifiée⁸³⁶. Pour qu'elle présente un caractère transfrontalier, la fusion doit intervenir entre des « *sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de [l'Espace Economique Européen], si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'États membres différents* »⁸³⁷.

⁸²⁸ Régl. n° 1435/2003 CE, art. 35 et s.

⁸²⁹ Régl. n° 2157/2001 CE, art. 32 et s.

⁸³⁰ Régl. n° 2157/2001 CE, art. 35 et s.

⁸³¹ Sous réserve « *des dispositions spécifiques [qui] doivent s'appliquer en matière de participation des travailleurs aux assemblées générales, lorsque les législations nationales le permettent. L'application de ces dispositions n'exclut pas la mise en œuvre d'autres formes de participation, comme le prévoit la présente directive* » : Dir. n° 2003/72/CE, préambule, consid. 13 et art. 9.

⁸³² P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁸³³ L. GAMET, *Représentation des salariés dans les fusions transfrontalières*, J-CI : 15-76.

⁸³⁴ Dir. n° 2005/56/CE, art. 2, §2 a).

⁸³⁵ *Ibid*, art. 2, §2 b).

⁸³⁶ *Ibid*, art. 2, §2 c).

⁸³⁷ *Ibid*, art. 1.

559. Sociétés de capitaux. – Toutes les sociétés ne sont pas concernées par la directive du 26 octobre 2005. Pour la France, seules sont visées, par renvoi à la directive 68/151/CEE, la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée ou des sociétés qui présentent des conditions de garanties équivalentes⁸³⁸.

560. Participation. – Lorsqu'une participation des travailleurs existe au sein des sociétés concernées par la fusion transfrontalière, cette dernière doit être sauvegardée. Pour cela, la directive du 26 octobre 2005 prend « *comme base* [...] *les principes et modalités prévus dans le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) et dans la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs* »⁸³⁹.

561. Le législateur européen a structuré ces divers droits à participation des travailleurs par le truchement de règles d'articulation présentes au sein des directives.

Sous-section 2 : Règles d'articulation

562. « *Les règles de droit communautaire sont en nombre très limité* »⁸⁴⁰. Pourtant, des problèmes d'articulation se posent dès lors que les définitions sont vastes et les acteurs concernés, transnationaux. Les problèmes d'articulations concernent tantôt les droits à participation entre eux (**§1**), tantôt les droits à participation avec des droits d'une autre nature (**§2**).

§1. – Articulations des droits à participation

563. SE, SCE. – Les directives 2001/86/CE et 2003/72/CE prévoient, au mot près, un dispositif identique d'articulation des droits à participation.

564. Dès lors que sont en cause ces sociétés, leur caractère européen attribue un monopole à la norme européenne correspondante pour régler les droits à participation. Ainsi, « *les*

⁸³⁸ Dir. n° 2005/56/CE, art. 2, §1.

⁸³⁹ *Ibid*, préambule, consid. 13.

⁸⁴⁰ M-A. MOREAU, *L'implication des travailleurs dans la société européenne*, Dr. soc. 2001, p. 967.

dispositions en matière de participation des travailleurs dans les organes d'une société prévues par la législation et/ou par la pratique nationale, autres que celles destinées à mettre en œuvre la présente directive, ne s'appliquent pas aux sociétés constituées conformément au règlement (CE) n° 2157/2001 [ou n° 1435/2003] et relevant de[s] présente[s] directive[s] »⁸⁴¹.

565. Filiales de SE ou SCE. – « L'immunité » dont bénéficient la SE et la SCE face aux législations nationales sur la participation ne s'étend pas leurs filiales. En effet, les directives 2001/86/CE et 2003/72/CE ne portent pas atteinte « *aux dispositions en matière de participation dans les organes, qui sont prévues par la législation et/ou la pratique nationales et applicables aux filiales de la [SE, de la] SCE ou aux SCE auxquelles les articles 3 à 7 ne s'appliquent pas* »⁸⁴².

566. Garanties ? – Les directives poursuivent en affirmant que « *les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour garantir le maintien, après l'immatriculation de la [SE ou de la] SCE, des structures de représentation des travailleurs dans les entités juridiques participantes qui cesseront d'exister en tant qu'entités juridiques distinctes* »⁸⁴³. L'on se demande cependant quel type de mesures pourront bien être prises pour garantir le maintien des structures de représentation dans des sociétés qui cesseront d'exister, du moins en tant qu'entité juridique à part entière. « *Cela reviendrait à accorder des droits à une collectivité de travail détachée de l'entité économique, ce qui est un peu difficile à concevoir* »⁸⁴⁴. De la même façon, « *les États membres prennent les mesures appropriées, dans le respect du droit communautaire, pour éviter l'utilisation abusive d'une [SE ou d'une] SCE aux fins de priver les travailleurs de droits en matière d'implication des travailleurs ou [de] refuser ces droits* »⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ Dir. n° 2001/86/CE, art. 13, §2 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 15, §2.

⁸⁴² Dir. n° 2001/86/CE, art. 13, §3 b) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 15, §3 b).

⁸⁴³ Dir. n° 2001/86/CE, art. 13, §4 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 15, §4.

⁸⁴⁴ F. MEYER, *La société européenne : aspects de droit du travail*, PA, 16 avril 2002 n° 76, p. 7.

⁸⁴⁵ Dir. n° 2001/86/CE, art. 11 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 13.

§2. – Articulations avec d'autres droits

567. Information et consultation nationales. – Participation mise à part, les directives 2001/86/CE et 2003/72/CE ne portent pas atteinte aux droits nationaux pour l'implication des travailleurs, tant pour la SE et la SCE que pour leurs filiales ou établissements⁸⁴⁶.

568. Par ailleurs, la directive du 26 octobre 2005 prévoit d'autres droits pour les travailleurs totalement indépendants de la participation. Doit intervenir une procédure nationale d'information et de consultation dans chaque société concernée par la fusion⁸⁴⁷. De plus, un rapport doit être élaboré par l'organe de décision. Il doit être transmis aux représentants du personnel⁸⁴⁸.

569. Fusion transfrontalière et autres directives. – La société issue de la fusion transfrontalière telle qu'elle résulte de la directive du 26 octobre 2005 ne porte pas atteinte aux droits attribués aux travailleurs par le législateur européen dans d'autres directives sociales⁸⁴⁹. Cette articulation n'est présente qu'au sein du préambule du 26 octobre 2005, elle n'est donc pas absolue. Cependant, la Cour de justice tend à interpréter le texte de la directive à la lumière de son préambule, expression la plus directe de la volonté du législateur européen.

⁸⁴⁶ Dir. n° 2001/86/CE, art. 13, §3 a) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 15, §3 a).

⁸⁴⁷ Dir. n° 2005/56/CE, art. 7.

⁸⁴⁸ Dir. n° 2005/56/CE, art. 7 : « *L'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établit un rapport à l'intention des associés expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la fusion transfrontalière et expliquant les conséquences de cette fusion transfrontalière pour les associés, les créanciers et les salariés. Le rapport est mis à la disposition des associés et des représentants du personnel ou, s'il n'en existe pas, des salariés eux-mêmes au plus tard un mois avant la date de l'assemblée générale visée à l'article 9* ».

⁸⁴⁹ *Ibid*, préambule, consid. 12 : « *Les droits des travailleurs autres que les droits de participation devraient rester organisés conformément aux dispositions nationales visées par la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs, la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne ainsi que la directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs* ».

570. Fusion transfrontalière et SCE ou SE. – « *Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux fusions transfrontalières auxquelles participe une société coopérative, même dans les cas où cette dernière entre dans la définition de la « société de capitaux » énoncée à l'article 2, point 1* »⁸⁵⁰. L'Etat peut donc décider d'exclure les coopératives de la réglementation issue de la directive du 26 octobre 2005. Ces dernières poursuivent en effet un objectif social et solidaire, et la directive 2005/56/CE peut apparaître comme un cadre trop souple pour l'économie collaborative de certains Etats membres. Un rapport suggère d'adopter une articulation générale entre les dispositions portant sur la SE ou la SCE et celles de la directive du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières : « *les deux textes peuvent avoir à être appliqués par la même entreprise européenne* »⁸⁵¹. Ce sera le cas si, par exemple, une société de capitaux française constitue une SE par fusion avec une autre société de capitaux allemande. En cette hypothèse, les directives 2001/86/CE et 2005/56/CE trouvent toutes deux application.

571. Conclusion de la Section 1. – « *Comment faire fi du besoin des entreprises européennes, pour affronter la concurrence internationale, de se restructurer et de coopérer entre elles, et partant d'outils aptes à cette fin ?* »⁸⁵². A cet égard, les directives portant sur la SE, la SCE et la société issue d'une fusion transfrontalière constituent des textes de compromis. Les droits des travailleurs sont sauvegardés mais soumis, dans une certaine mesure, à la volonté des parties. Le recours à des normes légales subsidiaires est conçu comme l'ultime extrémité.

⁸⁵⁰ *Ibid*, art. 3, §2.

⁸⁵¹ Rapport d'évaluation de la SE du 19 mars 2007 : *Des pistes pour améliorer le statut social de la société européenne*, Liaisons. Soc. quotidien 2007.

⁸⁵² M. LUBY, *Impromptu sur la directive n° 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux*, Droit des sociétés n° 6, juin 2006, étude 11.

Section 2 : Contenu de la participation

572. Définition. – La participation est définie par la directive 2001/86/CE comme « *l'influence* » que peuvent avoir les représentants des travailleurs sur l'organe de direction. Elle se concrétise soit par le pouvoir direct d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de direction, soit par le pouvoir indirect de recommander ou d'empêcher la nomination de ces derniers⁸⁵³. La même définition est reprise tant dans les directives 2001/86/CE et 2003/72/CE que dans la directive 2005/56/CE.

573. La participation des travailleurs au sein des organes de direction est révélatrice des cultures sociales des Etats. S'il est devenu d'usage de rappeler, en matière de sociétés commerciales, qu'un grand pouvoir implique de grandes responsabilités⁸⁵⁴, il est plus judicieux encore de rappeler qu'en Europe, une grande diversité implique une grande flexibilité. Sur cette maxime, le droit européen de la participation des travailleurs tisse sa toile.

574. Accord prioritaire, prescriptions subsidiaires. – La participation peut être insérée dans l'accord sur l'implication des travailleurs conclu entre les sociétés concernées et un GSN (**Sous-section 1**). A défaut d'accord, elle doit être instaurée unilatéralement (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : La participation conventionnelle

575. Négociations. – Le sort de la participation a vocation à figurer dans l'accord conclu entre un GSN et les dirigeants des sociétés concernées par la création de la SE, de la SCE ou de la fusion transfrontalière. Ainsi, la participation peut être abordée lors des négociations de l'accord visant à instituer un comité de SE ou de SCE⁸⁵⁵. Elle doit être abordée lorsqu'est en cause une fusion transfrontalière⁸⁵⁶. Toutes les règles de négociation relatives à la fusion transfrontalière sont établies par renvoi à la directive 2001/86/CE⁸⁵⁷, elles ne seront donc pas étudiées à nouveau⁸⁵⁸.

⁸⁵³ Dir. n° 2001/86/CE, art. 2 k).

⁸⁵⁴ S. Lee, *The amazing Spiderman*, vol. 1, mars 1963, éd. Marvel Universe, coll. Comic books, USA.

⁸⁵⁵ Dir. n° 2001/86/CE, art. 4, §2 g) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 g).

⁸⁵⁶ Dir. n° 2005/56/CE, art. 16, §2.

⁸⁵⁷ *Ibid*, art. 16, §3.

⁸⁵⁸ Cf. Chapitre 1, Section 2.

576. Enjeux. – La négociation relative à la participation a un objectif bien précis : « *la création de la SE ne doit pas entraîner l'affaiblissement, voire la disparition du régime d'implication des travailleurs dans les décisions prises par la SE, qui préexistait au sein des sociétés ayant participé à la création de la SE* »⁸⁵⁹. Un principe impératif est instauré pour sauvegarder la participation : le principe « avant-après ». Une certaine liberté est néanmoins laissée aux parties afin de tenir compte de la diversité des cultures étatiques de l'Union. En effet, les transpositions des directives portant sur la SE, la SCE ou la société issue d'une fusion transfrontalière se sont faites à l'aune des pratiques sociales de chacun des Etats. Un tour d'horizon des diverses conceptions étatiques s'avère donc nécessaire (§1) pour mesurer complètement l'ambition du principe « avant-après » (§2), principe funambule s'il en est. Il s'agit d'imposer sans froisser.

§1. – Les conceptions nationales de la participation

577. D'Ouest en Est : la France, la Pologne. – En France, la participation, *lato sensu*, des travailleurs à la gestion de l'entreprise est acquise depuis longtemps. Le Préambule de la Constitution de 1946 affirme ce droit en son alinéa 8. La participation au sein des organes dirigeants apparaît moins naturelle⁸⁶⁰. En 2012, les sociétés du CAC 40 ne comptent en moyenne que 0,9 salarié sur 14 membres au sein de leur organe dirigeant⁸⁶¹. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 rend pourtant obligatoire la participation des salariés aux organes de direction pour les entreprises dont l'effectif atteint cinq mille salariés en France ou dix mille dans le monde⁸⁶². Les modalités d'exercice du mandat des administrateurs salariés ont été précisées le 3 juin 2015 par décret⁸⁶³.

578. La Pologne se situait au même « niveau » social que la France en matière de participation. Avant que n'interviennent les dispositions relatives aux sociétés européennes, la participation polonaise des travailleurs était limitée aux anciennes entreprises d'Etat transformées en sociétés commerciales, dans lesquelles les salariés pouvaient élire 2/5^{ème} des

⁸⁵⁹ P. RODIERE, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, LGDJ 2014, p. 469.

⁸⁶⁰ V. not. V. FRAISSINIER-AMIOT, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ?* PA, 16 mai 2008, n° 99, p. 6.

⁸⁶¹ P. ROZEC, *La participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés*, JCP S 2013, p. 1273.

⁸⁶² Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi, art. 9.

⁸⁶³ Décret n° 2015-606 du 3 juin 2015.

membres de l'organe de surveillance⁸⁶⁴. Plus généralement, toutes les questions relatives à l'implication des travailleurs constituaient l'apanage des syndicats en vertu de l'article 59 de la constitution polonaise.

579. Pays du Nord. – En Allemagne, en Autriche et dans les pays scandinaves, la participation est très développée. Parfois, elle se présente sous des formes originales. Tel est le cas des Pays-Bas dont la législation prévoit, en plus d'un système de recommandation sur la nomination des membres du conseil de surveillance, des « *réunions conjointes* » entre les représentants du personnel et le conseil de surveillance⁸⁶⁵. En Norvège, une assemblée mixte composée d'un tiers de représentant des salariés élit l'organe de direction⁸⁶⁶.

580. Allemagne. – L'Allemagne développe une participation qui amène les salariés dans une situation de cogestion de l'entreprise avec l'organe de direction. Une parité parfaite entre dirigeants et salariés est parfois instaurée au sein de l'organe de décision. Tel est notamment le cas dans les secteurs minier et sidérurgique⁸⁶⁷ et dans les entreprises de plus de deux mille salariés. Le président de l'organe de décision dispose d'une voix prépondérante pour l'adoption des décisions. Il est élu à la majorité des deux-tiers des membres de l'instance. A défaut, un second tour est organisé dans lequel les dirigeants élisent le président de l'organe et les salariés élisent son vice-président⁸⁶⁸. L'Allemagne est l'un des seuls Etats au monde où une telle conception de la participation est retenue, ce qui explique que très peu d'entreprises étrangères implantées en Allemagne franchissent le seuil de deux mille salariés⁸⁶⁹. La participation paritaire devient codécision ; l'influence, un pouvoir. Toutefois, même l'Allemagne avait initialement éprouvé une gêne relative à l'adaptation du « *Mitbestimmung* » à la conception moniste de la participation prévue par la directive 2001/86/CE⁸⁷⁰.

⁸⁶⁴ E. PASCAL, *L'état de la réflexion sur la société européenne dans les Etats membres de l'Union européenne – étude comparative*, PA, 27 mai 2004, n° 106, p. 31.

⁸⁶⁵ E. PICHOT, *La participation des salariés aux organes des sociétés en Europe*, PA, 16 avril 2002, n° 76, p. 12.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ « *Vive la Mitbestimmung* », *Chronique internationale de l'IRES* n°53, juillet 1998, p. 3.

⁸⁶⁹ A. BRAUN, *Allemagne : La représentation des salariés selon la loi sur la constitution des entreprises du 15 janvier 1972*, *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation*, n°4/96, 1995, p. 795.

⁸⁷⁰ E. PASCAL, *L'état de la réflexion sur la société européenne dans les Etats membres de l'Union européenne – étude comparative*, PA, 27 mai 2004, n° 106, p. 31.

581. Pays du Sud : l'Espagne, l'Italie. – A l'autre extrémité, la participation n'a rien d'évident dans les pays du sud de l'Europe. Elle leur apparaît comme une incongruité. Ainsi, l'Espagne fut l'Etat membre qui s'opposa le plus farouchement à la mise en place d'un système de participation au sein de la SE⁸⁷¹, retardant son adoption. En Espagne, la responsabilité de la gestion *doit* se confondre avec le droit de propriété sur l'entreprise. Ce qui ne signifie pas que les salariés ne participent jamais à la gestion de leur entreprise. Mais ils ne le font qu'en devenant partiellement propriétaire de cette dernière, notamment à travers la « *sociedad laboral* »⁸⁷².

582. L'Italie n'a jamais reconnu dans son droit national une participation des travailleurs au sein des organes de décision. Les syndicats y sont fortement opposés. Un tel système constituerait, selon eux, un moyen pour la direction d'adopter facilement des décisions socialement délicates. L'Italie est une république démocratique « *fondée sur le travail* » en vertu de l'article 1^{er} de sa Constitution. A chaque citoyen correspond néanmoins une fonction précise, et les mélanges de genre constituent pour les italiens un « imbroglio ».

583. Si les Etats réservent, dans leur propre droit national, un sort extrêmement variable à la participation, nul doute que leurs réactions à des systèmes de participation en provenance du législateur européen soient hétérogènes. Ainsi, les directives instituant une participation des travailleurs tentent d'harmoniser *a minima* la participation, ou à tout le moins de la maintenir à un niveau équivalent à celui existant avant la création de la SE, de la SCE ou de la fusion transfrontalière.

⁸⁷¹ E. PICHOT, *La participation des salariés aux organes des sociétés en Europe*, PA, 16 avril 2002, n° 76, p. 12.

⁸⁷² Il s'agit de « *sociétés de travailleurs* » dont la propriété appartient, en majorité, à ses propres travailleurs. Ces sociétés rencontrent un réel succès en Espagne dans le secteur du bâtiment. Elles se sont organisées au sein d'une confédération : <http://www.confesal.com/web/index.php/features/typography>.

§2. – Le principe « avant-après »

584. Principe. – Il existe un principe général de sauvegarde de la participation existante⁸⁷³. La création d'une société européenne ne doit pas permettre d'éviter la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise. *A contrario*, elle ne devrait pas permettre de l'imposer si les parties concernées ne le souhaitent pas : « *le volet participation de l'accord d'implication ne présente pas, en principe, un caractère obligatoire* »⁸⁷⁴.

585. Principe transversal. – Le principe dit « avant-après » se retrouve, avec plus ou moins de force, au sein des directives 2001/86/CE, 2003/72/CE et 2005/56/CE (I). Subsistent quelques particularités propres à chaque type de société (II).

I. L'application d'un principe transversal

586. Principe « avant-après », contenu de l'accord. – La sauvegarde de la participation existante est l'objectif minimum que s'est fixé le législateur européen. La création des sociétés de type européen ne doit pas permettre aux entreprises d'éluder les obligations nationales de participation auxquelles elles sont soumises (A). Si un accord est trouvé, certaines questions doivent être abordées (B).

A) La mise en œuvre du principe « avant-après »

587. Application souple. – Le principe « avant-après » n'est pas une création doctrinale. Il s'agit de l'exacte expression utilisée par le législateur européen au sein des directives portant création des sociétés de type européen⁸⁷⁵. L'expression a le mérite d'être claire : si un système

⁸⁷³ Dir. n° 2001/86/CE, préambule, consid. 18 : « *La garantie des droits acquis des travailleurs en matière d'implication dans les décisions prises par l'entreprise est un principe fondamental et l'objectif déclaré de la présente directive. Les droits des travailleurs existant avant la constitution des SE devraient être à la base de l'aménagement de leurs droits en matière d'implication dans la SE (principe "avant-après"). Cette manière de voir devrait s'appliquer en conséquence non seulement à la constitution initiale d'une SE mais aussi aux modifications structurelles introduites dans une SE existante ainsi qu'aux sociétés concernées par les processus de modifications structurelles* ».

⁸⁷⁴ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 442 et 461.

⁸⁷⁵ Dir. n° 2001/86/CE, préambule, consid. 18 ; Dir. n° 2003/72/CE, préambule, consid. 21 ; l'expression est en revanche absente de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 portant sur les fusions transfrontalières des

de participation existait avant la création de la société européenne, un système de participation doit exister après sa création. Néanmoins, « *une certaine autonomie est laissée aux parties pour déterminer la participation et son niveau* »⁸⁷⁶.

588. Application stricte. – En revanche, dans l'hypothèse où la société européenne est constituée par la transformation d'une société préexistante, l'*exacte* même participation doit être mise en œuvre dans la société européenne⁸⁷⁷.

589. Nuances. – Le choix du système de participation parmi ceux qui préexistaient à la création de la société de type européen revient au GSN⁸⁷⁸. Une réduction des droits à participation peut être décidée par le GSN à la suite d'un vote à la majorité des deux tiers de ses membres représentants deux tiers des travailleurs employés par les sociétés concernées et émanant d'au moins deux Etats membres différents. Il faut toutefois que la participation ait atteint un niveau suffisant pour qu'il soit question de la réduire⁸⁷⁹.

B) Le contenu de l'accord

590. Modes d'influence. – L'accord conclu avec le GSN détermine, dans le respect du principe « avant-après », quel sera le mode d'influence des travailleurs au sein des organes de décision. Des représentants des travailleurs peuvent être directement désignés ou élus ; ils peuvent recommander un administrateur en particulier ou s'opposer à sa nomination.

591. Mais ce choix n'est pas suffisant. Dès lors que l'accord s'intéresse à la participation des travailleurs, il doit aborder plusieurs questions. Il doit d'abord déterminer l'étendue du droit accordé, par exemple le nombre d'administrateurs qui pourront être recommandés. Il doit aussi déterminer les procédures de mise en œuvre du droit. Il précise spécifiquement les règles de désignation des représentants des travailleurs appelés à siéger au sein de l'organe de

sociétés de capitaux. Un tel principe existe néanmoins au regard du texte de la directive qui tend à sauvegarder les participations existantes au sein des sociétés concernées par la fusion transfrontalière.

⁸⁷⁶ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁸⁷⁷ Dir. 2001/86/CE, art. 4, §4; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §4.

⁸⁷⁸ Dir. 2001/86/CE, art. 7, §2, *in fine*.

⁸⁷⁹ *Ibid*, art. 3, §4 : 25 % du nombre total de travailleurs des sociétés participantes en cas de constitution de la société européenne par voie de fusion, et 50 % en cas de création d'une holding ou d'une filiale.

décision⁸⁸⁰. Les directives 2001/86/CE, 2003/72/CE et 2005/56/CE imposent aux Etats d'accorder aux représentants-administrateurs, pour leurs activités en lien avec les réunions de l'organe de décision, la même protection spécifique qu'aux représentants nationaux des travailleurs⁸⁸¹.

II. Les particularités liées aux diverses sociétés

592. Le principe « avant-après » est adapté aux particularités de la société coopérative européenne (A) ainsi que de la société issue d'une fusion transfrontalière (B).

A) Les particularités liées à la SCE

593. Les coopératives. – Les coopératives sont définies par l'Alliance Internationale des Coopératives comme : « *une association autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs au moyen d'une entreprise dont la propriété est collective et où le pouvoir est exercé démocratiquement* »⁸⁸². La participation des membres de la coopérative à son fonctionnement relève de sa nature propre. « *Les membres contribuent de manière équitable à son fonctionnement et le contrôle démocratique, la capitale de leur coopérative. Au moins une partie de ce capital est habituellement la propriété commune de la coopérative* »⁸⁸³. L'aspect coopératif de la société est mis en avant. Il s'agit bien d'une société *coopérative* européenne et non d'une société *européenne* coopérative⁸⁸⁴. Elle n'est pas une SE amoindrie. Au demeurant, la SCE peut être constituée *ex-nihilo*, possibilité toujours déniée à la SE⁸⁸⁵.

⁸⁸⁰ *Ibid*, art. 4, §2 g) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 4, §2 g) : « Arrêtant les modalités de participation, les parties à la négociation ont avant tout pour tâche de fixer le nombre de membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société européenne que les travailleurs ont le droit d'élire, désigner, recommander, ou à la désignation desquels ils pourront s'opposer, ainsi que les procédures à suivre pour ce faire ; elles doivent en outre préciser les droits desdits membres ».

⁸⁸¹ Dir. n° 2001/86/CE, art. 10 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 12 ; Dir. n° 2005/56/CE, art. 16, §2 f).

⁸⁸² Déclaration sur l'identité coopérative adoptée par L'Alliance coopérative internationale en 1895 : http://www.entreprises.coop/images/documents/principes_aci_1995.pdf

⁸⁸³ *Ibid*.

⁸⁸⁴ D. HIETZ (dir.), L. GROS, M. MAHFOUDI, I. DHAINAUT, *Droit coopératif*, JCP E 2009, p. 1907.

⁸⁸⁵ A. LECOURT, *Pour un cadre juridique attractif pour l'économie sociale et solidaire en Europe : des structures juridiques européennes compétitives et singulières !* Europe n° 1, Janvier 2015, étude 1.

594. L'adoption de la directive 2003/72/CE démontre « *la place importante des coopératives dans l'économie européenne* »⁸⁸⁶.

595. Démocratie et participation des travailleurs. – Le principe démocratique influence la manière dont a été conçue la participation des travailleurs au sein de la SCE. La participation au sein de l'organe de décision emprunte le système adopté pour la SE dans la directive du 8 octobre 2001. Cependant, une décision prise démocratiquement suppose d'attribuer un rang primordial à la participation des travailleurs aux assemblées générales, également soumise au principe « avant-après ».

596. Participation à l'assemblée générale. – Le règlement européen n° 1435/2003 relatif à la SCE dispose qu'un Etat membre peut permettre aux SCE immatriculées sur son territoire de prévoir dans leurs statuts une participation des représentants des travailleurs aux diverses assemblées de la SCE dès lors cette participation ne représente pas plus de 15% du total des droits de vote⁸⁸⁷. Le législateur européen ajoute que la loi nationale devait prévoir une telle participation dans sa législation avant l'immatriculation de la SCE sur son territoire. La directive 2003/72/CE affine ce principe. Elle énumère les cas où la participation à l'assemblée générale est obligatoire⁸⁸⁸. Il s'agit d'une part des cas où les parties – GSN et directions des sociétés concernées – le décident, et d'autre part des coopératives régies par un système de participation qui se muent en SCE par transformation. Il en va de même si l'échec des négociations est constaté et que l'une des coopératives participant à la création de la SCE disposait d'un système de participation. Cette hésitation déclenche l'application des prescriptions légales subsidiaires⁸⁸⁹.

B) Les particularités liées à la société issue d'une fusion transfrontalière

597. Fusion transfrontalière. – « *La possibilité de fondre deux entreprises de droit national différent en une société commerciale européenne signifie que ces entreprises se voient conférer le moyen de réaliser, au-delà des frontières de chaque pays, dans le cadre du*

⁸⁸⁶ C. CHATIARD, *La mobilité de la SEC au sein de l'espace européen et les modalités de l'implication des salariés au sein de cette société (3^{ème} partie)*, JCP E 2009, p. 1012.

⁸⁸⁷ Régl. n° 1435/2003 CE, art. 59, §4.

⁸⁸⁸ Sous réserve que la participation ait existé dans la législation nationale avant l'immatriculation de la SCE, Dir. n° 2003/72/CE, art. 9.

⁸⁸⁹ C. CHATIARD, *La mobilité de la SEC au sein de l'espace européen et les modalités de l'implication des salariés au sein de cette société (3^{ème} partie)*, JCP E 2009, p. 1012.

marché commun, une collaboration plus étroite à laquelle elles aspirent »⁸⁹⁰. Alors qu'elle traduit une volonté d'effacement des frontières⁸⁹¹, la directive du 26 octobre 2005 rattache pourtant la fusion qu'elle régit au droit national de l'Etat où la société issue de la fusion a vocation à s'implanter.

598. Principe « avant-après ». – L'application du principe « avant-après » entraîne une dérogation au principe de l'application de la loi du lieu du siège statutaire⁸⁹². Trois situations alternatives⁸⁹³ permettent d'évincer l'application de la « loi du siège » afin de sauvegarder la participation qui existait dans l'une des sociétés participant à la fusion.

599. La loi du lieu du siège de la société est d'abord écartée lorsque l'une des sociétés concernées par la fusion employait au moins cinq cent travailleurs et connaissait un régime de participation⁸⁹⁴. Elle l'est aussi lorsque la loi nationale prévoit une participation mais d'une étendue inférieure à celle qui existait dans l'une des sociétés concernées par la fusion⁸⁹⁵. Elle l'est enfin lorsque la loi nationale prévoit une participation inégalitaire entre les travailleurs employés par des établissements situés sur son territoire et les autres⁸⁹⁶.

600. Caractère alternatif des hypothèses évinçant la loi du siège. – Dans un arrêt du 20 juin 2013, la Cour de justice, saisie par la Commission, a estimé que les trois hypothèses permettant d'évincer la loi du siège statutaire de la société revêtaient un caractère alternatif. Pour les Pays-Bas, les deux dernières hypothèses permettant d'échapper à la loi du siège devaient être cumulativement réunies pour évincer loi néerlandaise. Pour la Commission, toutes les exceptions prévues par la directive 2005/56/CE en son article 16, §2 se suffisent à elle-même.

⁸⁹⁰ Dir. n° 2005/56/CE, art. 2, §2.

⁸⁹¹ C. DUPIN, *Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux dans l'Union européenne*, éd. LexisNexis, 2013, n° 3 et 5.

⁸⁹² P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-Cl : 611.

⁸⁹³ CJUE, 20 juin 2013, aff. C-635/11, *Commission c/ Pays-Bas*, note L. DRIGUEZ, Europe n° 8, Août 2013, comm. 352.

⁸⁹⁴ Dir. 2005/56/CE, art. 16, §2.

⁸⁹⁵ *Ibid*, art. 16, §2 a).

⁸⁹⁶ *Ibid*, art. 16, §2 b).

601. La Cour de justice abonde dans le sens de la Commission : le droit néerlandais transpose mal la directive dès lors qu'il permet aux sociétés de choisir un niveau de participation moins élevé ou inégalitaire, tout en leur appliquant le droit néerlandais. En effet, au-delà du texte de la directive, les deux conditions ont des objectifs différents. Le premier vise au maintien des droits à participation, le second à l'égalité des droits de participation pour tous les travailleurs de l'entité fusionnée. La Cour de justice manifeste ainsi sa volonté de faire application du principe « avant-après » non seulement d'une manière quantitative mais aussi qualitative.

602. Prérogatives supplémentaires. – En comparaison avec une SE ou une SCE⁸⁹⁷, trois prérogatives supplémentaires sont accordées aux acteurs de la création d'une société issue d'une fusion transfrontalière. La première est accordée à la direction des sociétés concernées par la fusion. Sans négociation préalable, la direction de la société issue de la fusion peut décider de soumettre cette nouvelle société aux dispositions de référence transposées par l'Etat membre sur lequel se situe son siège statutaire⁸⁹⁸. La deuxième est accordée au GSN, qui peut également décider unilatéralement de ne pas ouvrir les négociations pour « *se fonder sur les règles de participation qui sont en vigueur dans l'Etat membre où le siège statutaire de la société issue de la fusion transfrontalière sera établi* »⁸⁹⁹. La troisième est attribuée aux deux parties à la négociation, dès lors que l'Etat du siège a prévu cette hypothèse. Elle concerne l'échec des négociations et l'application des dispositions de référence⁹⁰⁰. Lorsque la proportion de représentants des travailleurs au sein de l'organe de décision des sociétés concernées était supérieure à un tiers de cet organe, le GSN et la direction de la société issue de la fusion peuvent décider de limiter les droits à participation dans la nouvelle société, sans pour autant descendre à un niveau inférieur à un tiers⁹⁰¹.

603. Lorsqu'un accord n'a pu être obtenu, des dispositions subsidiaires de référence doivent trouver application. La participation trouve alors sa source dans la directive elle-même et ses transpositions.

⁸⁹⁷ A ce propos, la loi française de transposition institue un comité légal de la société issue de la fusion (C., trav, L. 2373-3 et s.) alors qu'une telle considération est complètement absente de la directive du 26 octobre 2005. V. not. B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 475.

⁸⁹⁸ Dir. 2005/56/CE, art. 16, §4, a).

⁸⁹⁹ *Ibid*, art. 16, §4, b).

⁹⁰⁰ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-CI : 611.

⁹⁰¹ Dir. 2005/56/CE, art. 16, §4, c).

Sous-section 2 : La participation légale

604. Cas de mise en œuvre, contenu. – Les dispositions de référence ne trouvent pas forcément application. En effet, elles ne sont impératives que si la transposition à laquelle les Etats membres sont tenus est intervenue. Or, le législateur européen continue d’offrir de la souplesse et des marges de manœuvre aux acteurs de la participation en ne concluant pas à l’application des dispositions de référence de manière systématique. Il est ainsi nécessaire d’étudier leurs diverses hypothèses de mise en œuvre (§1) et leur contenu (§2).

§1. – Cas de mise en œuvre

605. Application sous conditions. – L’application des dispositions subsidiaires n’est pas inconditionnelle. Un échec des négociations doit survenir, qu’il s’agisse d’un constat commun d’échec ou de l’expiration du délai de négociation. Mais ces circonstances ne sont pas suffisantes. Il faut, en outre, que la participation dans une ou plusieurs sociétés concernées par la création de la SE ou de la SCE existe et qu’elle représente au moins 25% de tous les travailleurs de la SE ou de la SCE si la constitution s’est faite par fusion⁹⁰², ou au moins 50% si la constitution s’est opérée via la création d’une holding ou d’une filiale⁹⁰³. Les États membres peuvent toutefois, dans leur transposition, décider d’exclure l’application des dispositions de référence en cas de création d’une société par fusion⁹⁰⁴.

606. Application écartée. – Dans deux situations distinctes, les dispositions subsidiaires des directives 2002/86/CE et 2003/72/CE n’ont pas vocation à s’appliquer. Tel est le cas lorsque le GSN décide unilatéralement, à la majorité des deux tiers de ses membres de ne pas ouvrir les négociations ou de les refermer⁹⁰⁵. Les négociations doivent en effet se dérouler « *normalement* »⁹⁰⁶. Tel est ensuite le cas lorsqu’une SE est constituée par transformation

⁹⁰² Dir. n° 2001/86/CE, art. 7, §2 b) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 7, §2 b).

⁹⁰³ Dir. n° 2001/86/CE, art. 7, §2 c) ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 7, §2 c).

⁹⁰⁴ *Ibid.* §2 b).

⁹⁰⁵ Dir. n° 2001/86/CE, art. 3, §6 ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 3, §6.

⁹⁰⁶ B. TEYSSIE, *L’implication des salariés dans la société européenne – Normes subsidiaires : la participation aux organes de direction*, JCP S n° 17, 18 octobre 2005, act. 187 ; B. TEYSSIE, *L’implication des salariés dans la société coopérative européenne – Normes subsidiaires : la participation aux organes de direction*, JCP S n° 10, 7 mars 2006, act. 84. Pour la France, la mise en place d’un comité « *concourt à la mise en place d’un régime de participation conforme* » : A. TEISSIER, *Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : la participation des salariés*, JCP S 2008, 1517 ; mais cette conception a fini par « *pénaliser notre Etat dans la*

d'une société anonyme existante⁹⁰⁷ ou qu'une SCE est issue de la transformation d'une coopérative nationale⁹⁰⁸. En ces cas, « tous les éléments de la participation des salariés en vigueur dans la société transformée continuent de s'appliquer dans la société européenne »⁹⁰⁹, sans besoin aucun de s'en référer aux dispositions subsidiaires.

§2. – Contenu

607. Le contenu des dispositions de référence est variable afin de se conformer au principe « avant-après »⁹¹⁰. Il aiguille le choix du modèle de participation qui doit être retenu.

608. Choix du mode de participation. – Pour que s'appliquent les dispositions de référence, au moins un système de participation a dû exister au sein des sociétés concernées par la création de la SE ou de la SCE. Le principe « avant-après » innervé ces dispositions qui sont avant tout des règles permettant de déterminer laquelle des participations existantes doit d'appliquer en cas de conflit. Ainsi, lorsqu'un seul mode de participation existe, il conviendra d'en faire application⁹¹¹. Si plusieurs modes de participation existent, le choix revient normalement au GSN. A défaut, chaque Etat membre est libre de fixer le mode de participation à mettre en œuvre⁹¹². En revanche, le choix de l'Etat est limité aux systèmes qui existent effectivement dans les sociétés. Si les systèmes en cause sont un droit de recommandation et un droit d'opposition, il ne pourra pas choisir d'instaurer, *ex-nihilo*, un droit de désignation. Les dispositions de référence offrent néanmoins par ce biais une certaine souplesse par-delà les apparences de rigidité. Si le même mode de participation existe avec des étendues différentes, un « principe de faveur » conduit à retenir la version la plus avantageuse pour les travailleurs⁹¹³. En conséquence, si l'une des sociétés concernées par la création de la SE ou de la SCE prévoyait un droit d'opposition pour un administrateur et l'autre pour deux administrateurs, la seconde version du droit d'opposition doit s'imposer.

mise en œuvre de ce type d'opérations » : A-S. CORNETTE DE SAINT-CYR, O. RAULT, *Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne*, JCP E 2008, 1477.

⁹⁰⁷ Dir. n° 2001/86/CE, art. 7, §2 a).

⁹⁰⁸ Dir. n° 2003/72/CE, art. 7, §2 a).

⁹⁰⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2013, p. 451.

⁹¹⁰ P. RODIERE, *Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs*, J-C1 : 611.

⁹¹¹ Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 3, b) ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 3 b).

⁹¹² Dir. n° 2001/86/CE, art. 7, §2 *in fine* ; Dir. n° 2003/72/CE, art. 7, §2 *in fine*.

⁹¹³ *Ibid.*

609. Modalités d'exercice des droits. – Les dispositions de référence attribuent un rôle au comité légal de la SE ou de la SCE. L'instance de représentation des travailleurs est en effet chargée de définir les modalités précises selon lesquelles s'exerceront les droits de recommandation ou d'opposition sur la nomination des membres de l'organe de décision. Si les dispositions de référence conduisent à appliquer un droit d'élection ou de désignation, l'instance de représentation doit opérer la répartition des sièges selon les Etats membres disposant d'un système de participation en attribuant, dans la mesure du possible, un siège par Etat⁹¹⁴. L'administrateur représentant des travailleurs est un « *membre de plein droit, avec les mêmes droits et obligations que les membres représentant les actionnaires, y compris le droit de vote* »⁹¹⁵. Les transpositions des Etats membres ne peuvent donc en aucun cas réduire les droits de l'administrateur représentant des travailleurs : il en va de la réalisation de l'objectif des directives. L'« *influence* » au sein de l'organe de décision pourrait se trouver réduite à portion congrue.

610. Conclusion de la Section 2. – Eviter la dégradation des droits à participation du fait de la création d'une société de type européen constitue « *un impératif* »⁹¹⁶. Cet impératif doit se réaliser sans remettre en cause l'attractivité des sociétés européennes, qu'il s'agisse d'une plus grande fluidité décisionnelle, d'une suppression des coûts locaux ou d'une structuration du groupe plus efficace⁹¹⁷. Le principe « avant-après » se distille ainsi avec parcimonie et prudence au sein des directives portant sur la SE, la SCE et la société issue d'une fusion transfrontalière pour parvenir à cet objectif. Il est néanmoins probable que « *les sociétés soumises à un régime de participation des salariés peineront davantage à fusionner avec leurs homologues européennes que les sociétés qui n'y sont pas assujetties* »⁹¹⁸.

⁹¹⁴ Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 3 b) al. 3 ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 3 b), d), e).

⁹¹⁵ Dir. n° 2001/86/CE, annexe, part. 3 *in fine* ; Dir. n° 2003/72/CE, annexe, part. 3 *in fine*.

⁹¹⁶ A. TEISSIER, *Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : la participation des salariés*, JCP S 2008, 1517.

⁹¹⁷ A-S. CORNETTE DE SAINT-CYR, O. RAULT, *Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne*, JCP E 2008, p. 1477.

⁹¹⁸ T. MASTRULLO, *La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets*, Europe n° 8, août 2009, étude 8.

611. CONCLUSION DU CHAPITRE 2 – Deux enjeux principaux peuvent être dégagés : de « *performance* » et de « *redistribution du pouvoir et des ressources* »⁹¹⁹. La participation des travailleurs constitue à la fois une opportunité et un frein pour l'entreprise. Utilisée à bon escient, elle devrait faciliter l'adoption de décisions parfois délicates et impliquer davantage les travailleurs dans l'entreprise, donc dans leur travail. Ces considérations se retrouvent à l'identique à l'échelle européenne.

612. Cependant, le droit européen de la participation n'en est qu'à ses prémises. Une construction ordonnée doit intervenir et résultera peut-être de l'adoption d'une directive instituant la SPE, la société privée européenne, dont le projet est toujours à l'étude⁹²⁰.

613. Enfin, pour une meilleure clarté des normes en lien avec la participation, il conviendrait de détacher l'adoption des normes de droit des sociétés de celles de droit social. Une directive-cadre sur la participation, s'appliquant à toutes les sociétés, sur le modèle de la directive du 11 mars 2002 instituant un cadre général de la représentation du personnel, pourrait accélérer l'ordonnancement de ce droit.

⁹¹⁹ E. PICHOT, *La participation des salariés aux organes des sociétés en Europe*, PA, 16 avril 2002, n° 76, p. 12.

⁹²⁰ Projet sur la SPE présentée le 25 juin 2008 par la Commission, COM (2008), 396.

614. CONCLUSION DU TITRE II – Qu’il s’agisse de la participation ou des dispositions relatives à l’information et à la consultation, le constat demeure identique : « *Il apparaît que la protection des travailleurs dans les entreprises transnationales ressort essentiellement de l’encadrement des conditions de la négociation* »⁹²¹. Néanmoins, les droits à l’information, à la consultation et à la participation des travailleurs protègent également l’entreprise ; ils les associent à la bonne gestion de cette dernière. La participation des travailleurs à la gestion de l’entreprise vise à purger de tout conflit l’entité économique afin que la production de richesses ne soit pas entravée.

615. Selon le Professeur Supiot, le juge, face aux parties, doit *douter*, faire tanguer la balance de justice, pour ensuite *trancher* le litige⁹²². De la même manière, les représentants des travailleurs vont participer à la gestion de l’entreprise en faisant *douter* l’employeur. Ce dernier va devoir hésiter, mettre en balance les intérêts de chacun, puis trancher, abattre le glaive, non point celui de la justice, mais celui du bon sens ou de la raison.

⁹²¹ M-A. MOREAU, *L’implication des travailleurs dans la société européenne*, Dr. soc. 2001, p. 967.

⁹²² A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF quadridge, p. 135.

616. CONCLUSION GENERALE – Le dialogue social d’entreprise en droit européen est *d’abord* social. Il offre une protection minimale à tous les travailleurs de l’Union dès lors que sont menacés leur santé ou leur emploi. Le dialogue social d’entreprise en droit européen est *ensuite* celui de l’entreprise. Il offre un cadre minimal à toutes les entreprises situées sur le territoire de l’Union.

617. Ce dialogue est force de proposition ; il sert de guide aux Etats membres inondés par ses principes fondamentaux. La méthode de l’accord prioritaire auquel s’attachent des prescriptions subsidiaires est désormais envisagée par la France⁹²³. L’influence des normes supranationales sur les droits nationaux est donc certaine. « *Le droit du travail pourrait vivre sans les normes supranationales. Elles jouent un rôle de rénovation, entraînant à l’égard du premier [...] sa consolidation [...], sa modernisation [...], son introspection* »⁹²⁴.

618. Qui assure, cependant, la modernisation du « modernisateur » ? Le juge joue un rôle important ainsi que la doctrine européenne. Le législateur européen tente d’apporter une meilleure cohérence. Se multiplient les directives « cadre », « refonte », « de codification » ... Le législateur européen ne devrait-il pas s’orienter vers la rédaction d’un Code européen du travail ?

619. Jean Monnet, instigateur de la création européenne, affirmait « *Des mesures si simples, prises plus tôt, eussent-elles évité la grande crise ? Poser cette question, c’est ignorer que les hommes n’acceptent le changement que dans la nécessité et ils ne voient la nécessité que dans la crise* »⁹²⁵.

620. L’enjeu actuel et futur du dialogue social d’entreprise consiste à faire mentir Jean Monnet.

⁹²³ Etude d’impact, *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés pour les entreprises et les actifs*, 24 mars 2016.

⁹²⁴ C. GUYON, *L’influence des normes supranationales sur le droit français du travail*, thèse dactyl. 2015, p. 370.

⁹²⁵ J. MONNET, *Mémoires*, éd. Fayard, 1976, p. 129.

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX

AMSELECK P.

- Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général, Armand Colin éd. 2012.

AUZERO G., DOCKES E.

- Droit du travail, Précis Dalloz éd. 2015.

CABRILLAC R.

- Droit des obligations, Dalloz éd. 2014.

CARBASSE J-M.

- Manuel d'introduction historique au droit, Broché éd. 2015.

CARBONNIER J.

- Droit et passion du droit sous la Vème République, Flammarion éd. 2008.

(de) CHATEAUBRIAND F-R.

- Mémoires d'outre-tombe, Flammarion, éd. 2001.

COBAST E.

- Leçons particulières de culture générale, PUF, éd. 2013.

CORNU G.

- Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, PUF éd. 1996.

DUHAMEL O.

- Droit constitutionnel et institutions politiques, Seuil éd. 2011.

GOULD W. B. IV

- A primer on American Labor Law, 5th ed. Cambridge University Press.

HENNION S., LE BARBIER-Le BRIS M., DEL SOL M.

- Droit social européen et international, PUF Thémis droit éd. 2011.

HOBBS T.

- Léviathan, Folio éd. 2000.

JACQUE J-P.

- Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz éd. 2006.

LEE S.

- The amazing Spiderman, vol. 1, mars 1963, éd. Marvel Universe, coll. Comic books, USA.

MALAURIE P. et MORVAN P.

- Introduction au droit, Defrenois, éd. 2012

MONNET J.

- Mémoires, Fayard éd. 1976.

PELLISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A.

- Droit du travail, collection droit privé, Dalloz éd. 2008.

RODIERE P.

- Traité de Droit social de l'Union européenne, LGDJ éd. 2014.

ROWLING J. K.

- Harry Potter à l'Ecole des Sorciers, Folio éd. 1997.

SCHMITT M.

- Droit du travail de l'Union européenne, Larcier Europe(s), Manuels éd. 2012.

SUPIOT A.

- Critique du droit du travail, PUF quadrigé éd. 2002.

SERVAIS J-M.

- Droit social de l'Union européenne, Bruyant éd. 2011.

ROCHEFELD J.

- Les grandes notions du droit privé, PUF éd. 2011.

RIPERT G.

- Le déclin du droit, LGDJ éd. 1949.

TEYSSIE B.

- Droit du travail, t.2, Relations collectives, LexisNexis, éd. 2014.
- Droit européen du travail, LexisNexis, éd. 2013.
- Des liens et des droits, mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz éd. 2015.

II. OUVRAGES SPECIAUX

ANCIAUX N.

- Les instances mondiales de représentation du personnel : Mémoire Dactyl. Paris II, 2014.

BELLANGER L.

- La négociation, Collection Que-Sais-Je, PUF éd. 2015.

BERNARD C.

- Introduction à l'étude de la médecine expérimentale, Flammarion éd. 2013.

DUCHANGE G.

- Le concept d'entreprise en droit du travail, LexisNexis, éd. 2014

DUPIN C.

- Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux dans l'Union européenne, LexisNexis, éd. 2013.

KRIEF B.

- Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, Panthéon-Assas éd. 2011.

GRIMAL P.

- Le dieu Janus et les origines de Rome, Lettres d'humanité, IV, 1945.

GUYON C.

- L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail, thèse dactyl. Panthéon-Assas, 2015.

MONTESQUIEU

- De l'Esprit des Lois, Broché éd. 2015.

MORVAN P.

- Restructurations en droit social, LexisNexis éd. 2013.

PRETOT X.

- Droit social européen, collection Que-Sais-Je ? PUF éd. 1993.

SCHUMPETER J. A.

- Théorie de l'évolution économique, Broché éd. 1999.

TEYSSIE B.

- Droit et pratique du comité d'entreprise européen, LexisNexis éd. 2012.

III. ARTICLES

AKNIN F. et JOVER A-F.

- La « sanitisation » de l'entreprise : l'exemple des substances psychotropes », JCP S n°37, 9 septembre 2014, 1338.

ANTONMATTEI P-H., COURSIER P. et TEYSSIE B.

- Droit social européen et international. Comité d'entreprise européen. Accords d'anticipation. JCP E, n° 24, 15 juin 1995, 469.

BAILLY P. et LHERNOULD J-P.

- Actualité du droit des transferts d'entreprise : conséquences du transfert, JCP S n°29, 19 juillet 2011, 1345.

BARRIOS BAUDOR G.

- La prévention au travail en Espagne, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

BARTHELEMY J.

- Conditions, limites et effets de la négociation sociale au plan européen, JCP E 1992, 139.

BEAL S. et TERRENOIRE C.

- Information et consultation du comité d'entreprise européen, JCP S n° 28, 8 juillet 2008, 1393.

BELIER G. et BLEDNIAK E.

- Le rôle du comité d'entreprise européen dans les restructurations, SSL 2004, n° 1150.

BENOIT-ROHMER F.

- L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope, à propose de l'avis 2/13 de la Cour de justice, RTD Eur. 2015, p. 593.

BLANC-JOUVAN G.

- L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise, Dr. soc. 2005, p. 68.

BOUBLI B.

- Que reste-t-il de l'âge d'or de la chambre sociale ? JCP S 2014, 1381.

BRAUN A.

- Allemagne : La représentation des salariés selon la loi sur la constitution des entreprises du 15 janvier 1972, Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation, n°4/96, 1995, p. 795.

BUGADA A.

- L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? JCP S n°48, 25 novembre 2014, 1450.

CASAUX-LABRUNÉE L., DE MONTVALON L.

- La solitude du travailleur indépendant face aux risques professionnels, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

CAVALLINI J.

- Licenciement pour motif économique, une unité de production sans autonomie financière peut constituer un établissement au sens de la directive n°98/59, JCP S 2007, n° 16, p. 1268.

CHATIARD C.

- La mobilité de la SEC au sein de l'espace européen et les modalités de l'implication des salariés au sein de cette société (3ème partie), JCP E 2009, p. 1012.

CORNETTE DE SAINT-CYR A-S., RAULT O.

- Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne, JCP E 2008, 1477.

CORTI M.

- La transposition de la directive sur l'information et la consultation des travailleurs en droit italien : tradition ou trahison ?, RDT 2009, p. 466.

COUTURIER G.

- Quel avenir pour le droit de licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne : Dr. soc. 1997, p. 75.

DEL SOL M.

- Les décisions et pratiques managériales à l'épreuve du droit de la santé au travail, RDSS 2013, p. 868.

DUMONT F.

- Les prérogatives des travailleurs liées à la défense de l'emploi et la directive du 29 juin 1998 sur les transferts d'entreprises, Petites affiches, 30 juillet 1999, n°151, p. 15.

DUPIRE R.

- Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ? JCP S n° 7, 2014, 1066.
- Repenser la négociation collective transnationale, JCP S n° 50, 2013, 1472.

FABRE A.

- Périmètre des licenciements collectifs au sens de la directive 98/59, RDT 2015, p. 400.

FANTONI-QUINTON S.

- Des opportunités en faveur de la santé au travail dans le projet de loi El-Khomri, SSL 9 mai 2016, n° 1722, pp. 4 et 5.

FAVENNEC-HERY F.

- L'information du comité d'entreprise, JCP S 2015, 1164.
- Une question qui fâche : le millefeuille des IRP, Dr. soc. 2013, p. 250.

- La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise, Dr. soc. 2005, p. 729.

FIN-LANGER L.

- La loi relative à l'économie sociale et solidaire et le transfert d'entreprise, Revue des Pro. coll. n°6, novembre 2014, comm. 169.

FRAISSINIER-AMIOT V.

- La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? PA, 16 mai 2008, n° 99, p. 6.

GARCIA F. J., RAMOS J., PEIRO J. M., CABAILLER A., SORA B.

- Bien-être, attitudes et comportements au travail des travailleurs temporaires, R.I. trav. 2011, volume 150, p. 257.

GÉA F.

- Le périmètre de l'ordre des licenciements à l'épreuve du projet de loi Macron, RDT 2015, p. 115.

GOMEZ P-Y, HOLLANDTS X.

- La représentation des salariés aux conseils d'administration. Enjeux, obstacles et préconisations, RDT 2015, p. 451.

GRANGE J.

- La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : des remèdes, JCP S 2015, 1172.

HÉAS F.

- Le bien-être au travail, JCP S n°27, 6 juillet 2010, 1284.

- Présentation, La prévention des risques au travail, SSL supplément, 8 décembre 2014, n° 1655.

HENION S.

- La force normative du droit social européen, JCP S 2009, 1091.

HIETZ D. (dir.), GROS L., MAHFOUDI M., DHAINAUT I.

- Droit coopératif, JCP E 2009, p. 1907.

HOFFMANN A., PELLISSIER C.

- Directive sur les transferts d'entreprise : application pratique en Allemagne, Les Cahiers du DRH, 2004, 104.

HOPT K. J.

- Problèmes de la participation en Europe, RTD com. 1981, p. 401.

IDOT L.

- A propos du rapport Lenoir, La SE ou Societas Europea. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise, Europe n° 6, juin 2007, alerte 32.

JAVILLIER J-C.

- Existe-t-il un véritable conflit entre le droit national et international ? », SSL Suppl. 2011, n° 1508.

JULIEN-SAINT-AMAND L.

- Le (futur) rôle de la société européenne dans le monde des affaires en France et en Allemagne, PA, 17 août 2006 n° 164, p. 43.

KELLER M. (dir.), SUPIOT A.

- Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur, Dr. ouvrier, p. 559.

KESSLER F.

- Licenciement collectif, information et consultation du comité d'entreprise et recours individuel du salarié, Dr. Soc. 2009, p. 1217.

KONTAXOPOULOS J.

- Hygiène et sécurité au travail : enjeux nationaux et communautaires, D. ouvrier juin 1996, p. 227.

KRIEF B.

- L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation du personnel, JCP S n°12, 20 mars 2012, 1116.
- Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel, JCP S 2014, 1090.

LANOUZIERE H.

- Santé et sécurité au travail : droit de la sanction ou droit de la prévention ? SSL supplément 10 octobre 2001, n°1508, p. 230.

LARDY-PÉLISSIER B.

- Le transfert d'entreprise, D. ouvrier, juin 2012, n°767, p. 405.

LAROSE C.

- Quand va-t-on sortir de l'impasse sur le dialogue social ? Dr. soc. 2008, p. 18.

LAST M., BERENSCHOT M., PELLISSIER C.

- Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, Les Cahiers du DRH, 2004, 100.

LAULOM S.

- Contexte et apports de la directive cadre du 12 juin 1989, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.
- Information et consultation des représentants des travailleurs et licenciements collectifs, SSL supplément 2015, n° 1702.
- Le droit européen des restructurations, D. ouvrier, juin 2012, n°767, p. 421.
- Les flexibilités du droit social européen, SSL suppl. 2015, n° 1680.

LECOURT A.

- La société coopérative européenne (SCE) : entreprise sociale, solidaire ... et compétitive ! Revue Lamy Droit des affaires Supplément, 2013, n° 88.
- Pour un cadre juridique attractif pour l'économie sociale et solidaire en Europe : des structures juridiques européennes compétitives et singulières ! Europe n° 1, Janvier 2015, étude 1.

LECOURT B.

- Participation financière des salariés : publication d'une étude par la Commission européenne. «The Promotion of Employee Ownership and Participation, Study prepared by the Inter-University Centre for European Commission's DG MARKET, Final Report, Commission européenne, oct. 2014 », Rev. sociétés 2015, p. 139.

LEGROS B.

- La transposition de l'accord-cadre européen du 8 octobre 2004 sur le stress au travail, JCP S n°26, 23 juin 2009, 1280.
- Risques psychosociaux et dialogue social européen : l'utilisation de l'accord-cadre autonome, JCP S n°25, 16 juin 2009, 1264.

LEROUGE L. et MUSIALA A.

- L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe, RDT. 2008, p. 124.

LHERNOULD J-P.

- Le droit européen des restructurations, un droit en zig-zag ? A propos de deux arrêts de la Cour de cassation, 23 septembre 2008 Flodor et Banca Nazionale Del Lavoro, D. social 2008, p. 1265.

LOISEAU G. et MARTINON A.

- L'âge d'or de l'accord institutionnel, Cah. soc. 1er juillet 2015 n° 276, p. 359.

LOKIEC P.

- Avis de tempête sur le droit du travail, RTD 2014, p. 738,
- Le contrat de salarié-actionnaire, vers un droit du travail à double vitesse, RDT 2014, p. 16.

LOKIEC P. et ROBIN-OLIVIER S.

- La transposition de la directive sur l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, RTD 2009, p. 466.

LUBY M.

- Impromptu sur la directive n° 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, Droit des sociétés n° 6, juin 2006, étude 11.

LYON-CAEN G.

- Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable ? : Dr. soc. 1994, p. 926.

MAGGI-GERMAIN N.

- Sur le dialogue social, Dr. soc. 2007, p. 798.

MARGUENAUD J-P. et MOULY J.

- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail, Dr. soc. 2014, p. 641.

MARTINON A.

- Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational, Dr. soc. 2010, p. 789.

MASTRULLO T.

- La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets, Europe n° 8, août 2009, étude 8.

MAZUYER E.

- Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentatives de clarification, Dr. soc. 2007, p. 476.

MENJUCQ M.

- L'Europe et le droit de l'entreprise, JCP G 2007, I 130.

MEYER F.

- La société européenne : aspects de droit du travail, PA, 16 avril 2002 n° 76, p. 7.

MOIZARD N.

- Information du salarié lors du transfert d'entreprise, RDT 2014, p. 182.
- L'actionnariat des salariés, Dr. soc. 2014, p. 561.
- L'approche européenne du dialogue social national, SSL 2015, n° 1691.
- L'actionnariat des salariés, Dr. soc. 2014, p. 561.

MONKAM A-C.

- La Cour de justice précise la notion d'établissement en matière de licenciement économique, JSL 2015, n° 389.

MOREAU M-A.

- Activités transnationales et représentation collective des salariés, Dr. soc. 1991, p. 53.
- A propos de l'affaire Renault, Dr. soc. 1997, p. 493
- L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs (ou comment ne pas oublier l'ancrage communautaire de certains textes), Dr. soc. 2013, p. 410.
- L'implication des travailleurs dans la société européenne, Dr. soc. 2001, p. 967.
- Les fausses rencontres : les dimensions transnationales du management et nationales du droit du travail, SSL suppl. 2013, n° 1576.

MORVAN P.

- L'expulsion de la norme étrangère par le droit du travail français, JCP S, mai 2016, 1153.
- La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ?, JCP S 2015, 1171.
- Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015, JCP S n°38, 15 septembre 2015, 1320.

MURATORIO A.

- La protection de la santé au travail et la loi en Italie, SSL supplément, 8 décembre 2014, n°1655.

OJEDA AVILES A.

- L'externalisation du droit du travail, R.I. trav., vol. 148, 2009, p. 53.

PAGNERRE Y.

- Relations collectives de travail, Chronique de droit du travail sous la direction de B. TEYSSIE, JCP E 2014, 1634, p. 45.

PAGNERRE Y., VIVIEN E.

- Procédure de reclassement à l'étranger, JCP S n° 4, 15 mars 2016, 1033.

PASCAL E.

- L'état de la réflexion sur la société européenne dans les Etats membres de l'Union européenne – étude comparative, PA, 27 mai 2004, n° 106, p. 31.

PATIN M.

- Information et consultation relative à la santé au travail en cas de transfert d'entreprise, JCP S N°27, 6 juillet 2010, 1285.

PELISSIER C.

- Directive sur les transferts d'entreprise : synthèse, Les Cahiers du DRH, 2005, p. 106.

PERRIER A.

- Gens de maison : une image du passé qui a de l'avenir, JCP S n°47, 20 novembre 2012, 1493.

PERRIER G.

- La société européenne : vers une contractualisation accrue de la représentation du personnel, JCP S, novembre 2005, act. 275.

PERULLI A.

- Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 170.

PETERSEN S.

- Les accords relatifs au comité d'entreprise européen après la directive du 6 mai 2009, JCP S n°17-18, 24 avril 2012, 1189.

PICHOT E.

- La participation des salariés aux organes des sociétés en Europe, PA, 16 avril 2002, n° 76, p. 12.

RAIMBERT L., STAS DE RICHELLE D., PELLISSIER C.

- Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique en France et en Belgique, Les Cahiers du DRH, 2004, 99.

RAVIER E.

- Enjeux et mutations en matière de santé au travail, JCP S n°30-34, 27 juillet 2010, 1319.

REMY P., CHEZLEMAS M-H., GOMES J.

- Le transfert d'entreprise (1), RTD 2011, p. 132.

REMY P.

- La transposition de la directive 2002/14 sur l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, RDT 2009, p. 537.
- Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand, Dr. Soc. 2008, p. 902.

RENUCCI J-F.

- Dialogue social et négociation collective à l'échelle communautaire. Constat : « les temps européens » ne sont pas « les temps des entreprises », Dr. soc. 2008, p. 52.

ROBIN-OLIVIER S.

- Droit à l'information et à la consultation des travailleurs : l'impossibilité d'exclure certaines catégories de travailleurs est confirmée, la faiblesse de la Charte des droits fondamentaux en matière sociale aussi, RDT Eur. 2014, p. 523.

- Information et consultation des travailleurs : questions autour de la portée des obligations résultant du droit de l'Union européenne, RTD Eur. 2015, p. 445.

RODIERE P.

- Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise, SSL 2002, n°1098.
- Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? Dr. soc. 2007, p. 1015.
- Pour un droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail, RTD 2007, p. 219.
- L'influence du droit communautaire et du droit international, Dr. soc. 2008, p. 895.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M-N.

- De la norme conventionnelle à la norme étatique : une articulation complexe, JCP S 2014, 1299.

ROZEC P.

- La participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés, JCP S 2013, p. 1273.

SANTORO G.

- L'information et la consultation relatives aux licenciements économiques dans les groupes multinationaux, Dr. Soc. 2011, p. 952.
- L'exécution des accords-cadres européens : un état des lieux, de la négociation à la phase d'exécution, Dr. soc. 2015, p. 15.

SAVATIER J.

- Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail, Dr. soc. 2004, p. 944.

SCHMITT M.

- La dimension sociale du traité de Lisbonne, Dr. soc. 2010, p. 682 ;

SEILLIERE E-A.

- Entreprises européennes, le temps des revendications, PA 19 décembre 2005, n° 251, p. 37.

SIERRA F., GONZALES, ZARA A-M., PELLISSIER C.

- Directive sur les transferts d'entreprises : application pratique en Espagne et en Italie, Les Cahiers du DRH, 2004, 101.

SPYROPOULOS G.

- L'avenir incertain du modèle social européen dans une Europe élargie, Dr. soc. 2005, p. 603.

SUPIOT A.

- Les salariés ne sont pas à vendre, Dr. soc. 2006, p. 264.
- Déréglementation du marché du travail versus gains de productivité ?, R.I. trav. 2014, vol. 153, p. 401.
- Contribution à une analyse juridique de la crise de 2008, R.I. trav. 2010, vol. 149/2, p. 171.

TEISSIER A.

- L'implication des salariés dans la société européenne : la constitution du groupe spécial de négociation, approche de droit comparé, JCP S janvier 2006, 1095
- Le contenu des accords instituant un comité d'entreprise européen, JCP S, 2011, 1490.
- La politique de rémunération dans le groupe, JCP S 2013, 1080.
- Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : la participation des salariés, JCP S 2008, 1517.

TEXTORIS R.

- L'expérience GDF Suez : entretien avec le Secrétaire adjoint du comité d'entreprise européen GDF Suez, SSL 2015, n° 1675.

TEYSSIE B.

- Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes – Les parties à la négociation, JCP S septembre 2005, act. 127.
- L'implication des salariés dans la société coopérative européenne – Normes subsidiaires : la participation aux organes de direction, JCP S n° 10, 7 mars 2006, act. 84.
- L'implication des salariés dans la société européenne – Normes subsidiaires : la participation aux organes de direction, JCP S n° 17, 18 octobre 2005, act. 187.
- La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale, JCP E 1994, 352.
- Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes – Le déroulement de la négociation, JCP S février 2006, act. 47 ;
- Contenu des accords portant création de comité d'entreprise européens dans les groupes de dimension communautaire, JCP S, novembre 2015, 1403.
- L'implication des salariés dans la société coopérative européenne – Normes subsidiaires : l'organe légal de représentation, JCP S, février 2006, act. 69 ;
- L'implication des salariés dans la société européenne – Normes subsidiaires : le comité légal, JCP S, octobre 2005, act. 168.
- Le comité d'entreprise européen, Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, étude 1.
- Le comité d'entreprise européen, JCP S, novembre 2011, 1489.
- Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes – Les parties à la négociation, JCP S janvier 2006, act. 37
- Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés européennes – Le déroulement de la négociation, JCP S octobre 2005, act. 148.
- Variations sur le groupe en droit du travail, JCP S n° 7, février 2013, 1076.
- Vers un renouveau du droit de la représentation du personnel, JCP S 2015, 1163.
- Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail, JCP S 2015, 1326.
- Un nouveau droit du travail, JCP S 2015, 1234.
- L'entreprise et le droit du travail, Arch. phil. Droit 41, Sirey, 1997.

- La jurisprudence en droit du travail in La création du droit par le juge, Arch. phil. Droit, 2007, n°50, p. 163.

VERKINDT P-Y.

- L'irrésistible ascension du droit de la santé au travail, JCP S n°26, 30 juin 2015, 1243.
- Les mots de la prévention au travail, Semaine Sociale Lamy supplément, 8 décembre 2014, n° 1655.
- Santé au travail : l'ère de la maturité, JSL 2008 n°239
- De la consultation à la négociation : questions de procédure, D. soc. 1998, p. 316.
- L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail : entre lumière et ombre, JCP S n°40, 30 septembre 2008, act. 483.
- L'entreprise in Les notions fondamentales de droit du travail, sous la direction de B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas Colloques, 2009, pp. 43-44.
- La santé au travail, quelques repères pour un droit en mouvement, D. ouvrier 2003, p. 82.

VERNAC S.

- Le droit à l'information préalable des salariés en cas de cession de leur entreprise, RDT 2015, p. 43.

VIGNEAU C.

- Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ? Dr. soc. 2004, p. 883.

ZABEL A-L.

- Prérogatives et responsabilité des institutions de représentation collective au niveau européen, étude in BS 5/12.

IV. ETUDES, RAPPORTS & MISCELLANEEES

- « Vive la Mitbestimmung », Chronique internationale de l'IRES n°53, juillet 1998.

- Accord Danone du 11 mars 2010 sur le stress et les risques psychosociaux, Liaisons soc. 22 mars 2010, conventions et accords n°58/2010.
- Accord PSA du 12 octobre 2009 sur le dispositif d'évaluation et de prévention du stress professionnel, Liaisons. soc. 2009, Conventions et accords n°218/2009.
- Accord Thalès du 4 février 2014 sur la qualité de vie au travail.
- Avis sur le stress au travail du 15 juin 2006 du Conseil économique et social luxembourgeois.
- Bref aperçu de la réglementation du stress dans l'Union européenne, SSL 2010, 1437.
- Communication de la Commission du 17 mars 2008 sur l'examen de l'application de la directive 2002/14 dans l'Union européenne, COM (2008), 146 final.
- Communication de la Commission du 8 septembre 1994, COM. (94) 300 final.
- Compte-rendu des travaux : RMC suppl. 1960, p. 80.
- DARES, PIPS 2004, n°52.1, enquête SUMMER 2003.
- Dassault Systèmes se dote d'un comité européen pour la future SE : Liaisons soc. quot. 2015.
- Débat du 28 avril 2015 à la Maison de l'Europe : Le CE européen, facilitateur de dialogue ? SSL 2015, n° 1675.
- DELVOLVE P., Discours de rentrée prononcé dans le Grand Amphithéâtre de l'Université Panthéon-Assas Paris II, 7 octobre 2014.
- Document du Conseil 9869/88 restreint soc. 282, 12 déc. 1988.
- Etude d'impact, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016.
- GAMET L., Représentation des salariés dans les fusions transfrontalières, J-Cl : 15-76.
- HUGO V., Discours du 21 août 1849, Congrès international de la Paix, Paris.
- Initial Results of the Mapping of the Acquis, COM (2013) 685 final, 2/10/2013, Regulatory Fitness and Performance: results and next steps.
- INRS, L'évaluation des risques professionnels, ED 5018, publié en mars 2005.
- Les partenaires sociaux européens adoptent un cadre pour l'information et la consultation, Liaisons soc. Europe, 24 décembre 2015, n°391.
- MAZEAUD A., Rép. de droit du travail Dalloz : Transferts d'entreprise (aspects individuels).
- MOIZARD N., Droit social de l'Union européenne – Relations individuelles de travail : Modification et cessation du contrat de travail, J-Cl : 605-2.

- MOIZARD N., Droit social de l'Union Européenne – Relations individuelles de travail : Exécution du contrat de travail : J-CI 605-1.
- MORVAN P., Transfert d'entreprise, domaine, J-CI : 19-50.
- MORVAN P., Transfert d'entreprise. Effets. Relations individuelles, J-CI : 19-52.
- OIT, « Labour relations and collective bargaining », Issue Brief n° 1, octobre 2015, p. 2.
- OIT, Dialogue social : discussion récurrente en vertu de la déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Conférence International du Travail 2013, Rapport VI, pp. 108-120.
- OIT, Dialogue social, à la recherche d'une voix commune : www.ilo.org/dialogue.
- PAGNERRE Y., Comité d'entreprise – attributions économiques et financières, J-CI : 15-21.
- PORTALIS J.-E. M., Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 21 janv. 1801.
- Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, entré en vigueur le 7 avril 1948.
- Proposition du 17 novembre 1998, COM/98/0612 final : JOCE n° C 2 du 5 janvier 1999.
- RADÉ C., Conférence d'actualité du 22 janvier 2016, Paris.
- Rapp. Ass. Nat. 10ème législature, n° 2819.
- Rapport d'évaluation de la SE du 19 mars 2007 : Des pistes pour améliorer le statut social de la société européenne, Liais. soc. quot. 2007.
- Rapport d'évaluation de la SE du 19 mars 2007 : Des pistes pour améliorer le statut social de la société européenne, Liais. Soc. quotidien 2007.
- Rapport du Conseil économique, social et environnemental 2004, 24 mars 2004.
- Résolution du 19 février 2009 du Parlement européen sur l'application de la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (2008/2246(INI), P6_TA (2009)0061).
- RIDEAU J., Recours en annulation – Cas d'ouverture, pouvoirs du juge de l'annulation, contenu, effets et exécution des arrêts d'annulation, JC-1 : 331.
- RODIERE P., Union européenne - représentation du personnel dans l'entreprise - information, consultation et participation des travailleurs, J-CI : 611.
- SCHMITT M., Droit du travail de l'Union européenne, Rép. de droit du travail Dalloz, 2014.
- SCHUMAN R., Discours du Salon de l'Horloge du 9 mai 1950 :
- TEYSSIE B., Union Européenne, exécution des relations de travail : J-CI. 92-40.

- TRICOIT J-P., Comité de la Société Européenne, J-Cl : 15-72.
- YODA, in Star Wars, Episode 5 : L'Empire contre-attaque.

V. Table de Jurisprudence

Les numéros en gras renvoient aux paragraphes dans le(s)quel(s) la décision est citée.

Jurisprudence française

- Cass. 21 octobre 2005, avis n° 005 0009 ; **n° 497**.
- Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : D. 1990, p. 305, note A. Lyon-Caen ; JCP E 1990, II, 15825, obs. J. Déprez ; **n° 162**.
- Cass. Soc. 16 novembre 2010, n° 09-69.485 ; **n° 289**.
- Cass. soc. 16 janvier 2008 : JCP S 2008, 1155, note B. TEYSSIE ; **n° 476**.
- Cass. soc. 17 déc. 2013, JCP S 2014, 1151, note P. Morvan ; **n° 195, 197**.
- Cass. Soc. 2 juillet 2014, Molex : JCP G 2014, 848, note G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; **n° 253**.
- Cass. Soc. 25 novembre 2015, pourvoi n°12-24.444 ; **n° 72**.
- Cass. soc. 29 avril 2003, n° de pourvoi 00-46477 ; **n° 180**.
- Cass. Soc. 3 juin 2009, n° 08-40.941, Île de la Tentation ; **n° 48**.
- Cass. soc., 18 nov. 2009, JCP S 2010, 1047, note P. Morvan ; D. 2010. 1266, note P. Remy et H. Tissandier ; Dr. soc. 2010. 245, obs. A. Mazeaud ; RJS 2010. 91, obs. J-P. Lhernould ; **n° 195**.
- Cass. Soc., 9 juillet 2014, n° 11-21.609 ; **n° 271**.
- CE, 27 mars 2015, n° 371174 et n° 368855 ; **n° 400**.
- Bordeaux, 27 janvier 2011, n°10/00567, Tsindy ; **n° 194**.
- Paris, 20 mai 2008, n°06/11603, Open Cascade ; **n° 194**.
- Paris, 11 février 2013, aff. GFI Infor, RG n° 12/16677 ; **n° 211**.
- Paris, 12 octobre 2006 : JCP S 2006, 1954, note B. TEYSSIE ; **n° 458**.
- Versailles, 7 mai 1997 : TPS 1997, comm. 186, 2e esp., B. TEYSSIE ; Dr. soc. 1997, p. 506, note M-A. MOREAU ; obs. A. LYON-CAEN ; **n° 219, 476**.
- Versailles, 8 octobre 2015, n° 14/06233 ; **n° 399**.
- Versailles, 21 mai 2015, n° 14/08628 : Cahiers soc. 1er juillet 2015, n° 276, p. 378, note L. FLAMENT ; **n° 476**.
- TGI de Paris du 10 octobre 2003, affaire Alstom, SSL 2003, n° 1140, p. 14 ; **n° 476**.

- TGI de Paris du 26 avril 2011, n° 11/00433 : Liaisons. soc. Europe 2011, n° 279, p. 4 ; **n° 476.**
- TGI de Paris du 9 avril 2001, affaire Mark's & Spencer, SSL 2001, n° 1024, p. 8 ; **n° 476.**
- TGI de Paris, ord. réf. du 21 novembre 2006, Gaz de France : JCP G 2007, II 10009, note B. TEYSSIE ; **n° 511.**
- TGI de Sarreguemines du 21 avril 2009, n°9.09/00048, RDT 2009, p. 390, note H. TISSANDIER ; **n° 476.**
- TGI Nanterre, 22 décembre 2000, aff. Sovac, RJS 11/01, n°1305 ; **n° 211.**

Jurisprudence européenne

- CJCE 13 avril 2000, aff. C-176/96 ; **n° 48.**
- CJCE 14 juin 2007, aff. C-127/05, Commission c/ Royaume –Uni : JCP S 2007, 292 ; **n° 72.**
- CJCE, 26 mai 2005, Celtec, aff. C-478/03 ; **n° 175.**
- CJCE, 10 décembre 1991, Merci porto di Genova, aff. C-179/90, Rec. I-5889, point 13 ; **n° 370.**
- CJCE, 10 févr. 1988, aff. C-324/86, Tellerup, dit « Daddy's Dance Hall » : Dr. soc. 1988, p. 455, concl. Darmon, obs. G. Couturier ; RTDE 1988, p. 709, note P. Rodière ; **n° 162.**
- CJCE, 10 septembre 2009, AEK « Akavan », aff. C-44/08, Europe 2009, n° 417, obs L. DRIGUEZ ; JCP S 2009, n° 1493, obs E. JEANSEN. RJS 2009 KESSLER, point 57 ; **n° 250, 251, 252, 321, 322, 324.**
- CJCE, 12 juillet 1984, Hydrotherm, aff. C-17/83, Rec. p. 2999 ; **n° 356.**
- CJCE, 12 juin 2003, aff. C-425/01, Comm. c/ République portugaise : Rec.2003, I, p. 6025 ; **n° 52.**
- CJCE, 12 octobre 2004, Comm. c/ Portugal, aff. C-55/02 ; **n° 257, 259, 261, 314.**
- CJCE, 13 janvier 2004, Kühne & Nagel, aff. C-400/00 : Rec., p. 787 ; RJS 2004, n° 473 ; **n° 492.**
- CJCE, 13 mars 2007, Unibet, aff. C-432/05 : Europe 2007, comm. 128, note D. SIMON ; **n° 326.**
- CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, Marleasing : Rec. CJCE 1990, I, p. 4135 ; **n° 193.**

- CJCE, 14 juill. 2005, aff. C-52/04, Personalrat der Feuerwehr Hamburg, points 48 à 57 : Rec ; **n° 45.**
- CJCE, 15 février 2007, Athnaïki Chartopoïia, aff. C-270/05 : JCP S 2007, n° 16, p. 1268, note J. CAVALLINI ; **n° 284.**
- CJCE, 15 juin 1988, Bork International, aff. C-101/87 ; **n° 162.**
- CJCE, 15 juin 2006, aff. C-459/04, Comm. c/ Royaume de Suède, point 34 : comm. J. CAVALLINI : JCP S 2006, 1636 ; **n° 40.**
- CJCE, 16 juillet 2009, Odemis, aff. C-12/08 : JCP S n°43, 20 octobre 2009, 1478, note J. CAVALLINI ; **n° 310, 311, 323, 326.**
- CJCE, 16 octobre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-32/02 Rec. 2003, p. 12063 ; D. 2004, jur., p. 381, Obs. SAINT VERNAC ; **n° 246.**
- CJCE, 18 janvier 2007, CGT, aff. C-385/05, Rec. p. I-611, point 14 ; **n° 366.**
- CJCE, 19 février 2002, Wouters, aff. C-309/99, Rec. I, p. 157 ; **n° 356.**
- CJCE, 26 février 1986, aff. C-152/84, Marshall : Rec. CJCE 1986, p. 723 ; **n° 195.**
- CJCE, 26 sept. 2000, aff. C 175/99 : Rec. CJCE 2000, p. 7755 ; RJS 2001, n° 138 ; **n° 163.**
- CJCE, 27 janvier 2005, Junk, C-188/03, Rec. p. I-885 ; Europe 2005, n°85, obs. L. IDOT ; **n° 230, 252, 320.**
- CJCE, 29 mars 2001, Bofrost, aff. C-62-99 : Rec., p. 2579 ; RJS 2001, n° 948 ; **n° 492.**
- CJCE, 3 juillet 1986, Lawrie-Blum, aff. C-66/85, Rec. p. 2121 ; **n° 54.**
- CJCE, 4 juillet 2006, Adeneler, aff. C-212/04 : JCP S 2006, 1966, note F. BOUSEZ ; **n° 311.**
- CJCE, 5 juin 2008, aff. C-226/06, Comm. c/ France ; **n° 63, 72.**
- CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-397/01 à C-403/01, Pfeiffer, point 53 : Rec. CJCE 2004, I, p. 8835 ; obs. M. Bonnechère : Dr. ouvrier 2004, p. 575 ; chron. J.-Ph. Lhernould : RJS 2004, p. 87 ; **n° 45.**
- CJCE, 6 avr. 2006, aff. C-428/04, Comm. c/ République d'Autriche, citée supra n° 22, points 76 et 85 ; **n° 104.**
- CJCE, 7 décembre 1995, Rockfon, aff. C-449/93 : Rec. CJCE 1995, I, p. 4291 ; **n° 284.**
- CJCE, 7 septembre 2006, Agorastoudis, aff. C-187/05 à 190/05 ; **n° 263.**
- CJCE, 8 juin 1994, Commission/Royaume-Uni, C-383/92, Rec. I, p. 2479 ; **n° 230, 334.**
- CJCE, 8 juin 1999, Meusen, aff. C-337/97, Rec. p. I-3289 ; **n° 54.**

- CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. C-106/77 ; n° **195**.
- CJCE, 18 mars 1986, Spijkers, aff. C-24/85 ; n° **160**.
- CJUE, 10 décembre 2009, Rodriguez Mayor, aff. C-323/08 ; n° **245**.
- CJUE, 11 février 2010, Holst, C-405/08 : Europe, 2010, comm. 140, note L. DRIGUEZ ; JCP S 2010, 1153, note E. JEANSEN ; n° **402**.
- CJUE, 11 novembre 2015, Pujante Rivera, aff. C-422/14 ; n° **258**.
- CJUE, 13 février 2014, aff. C-596-12, Commission c/ Italie ; L. DRIGUEZ, Travailleurs protégés par la directive « licenciements collectifs », Europe n°4, avril 2014, comm. 175 ; n° **270**.
- CJUE, 13 mai 2015, Canas, aff. C-392/13, point 52 : Europe n°7, 2015, comm. 273, note L. IDOT ; n° **288**.
- CJUE, 15 janv. 2014, Association de médiation sociale, aff. C-176/12, pts 38 et 39, D. 2014, p. 216 obs. B. INES ; Europe 2014, comm. 112, note D. SIMON, point 50 ; n° **195**.
- CJUE, 19 janvier 2010, Küçükdeveci, aff. C-557/07, Rec. I-365, point 47 ; n° **405**.
- CJUE, 26 nov. 2015, aff. C-509/14, Adif, note. L. DRIGUEZ, Europe n°1, Janvier 2016, comm. 18 ; n° **163**.
- CJUE, 3 mars 2011, aff. C-235/10, Claes, Liais. Soc. Eur. 2011, 275, p. 5 ; Europe, 2011, comm. 191, note. L. DRIGUEZ ; Revue des Procédures Collectives n°6, novembre 2011, comm. 176, note T. MASTRULLO ; n° **245**.
- CJUE, 30 avril 2015, USDAW, aff. C-80/14, point 63, Europe n° 6, juin 2015, comm. 241, note L. IDOT ; n° **285**.
- CJUE, 8 juillet 2010, Bulicke, aff. C-246/09 : JCP S 2010, 1421, note J. CAVALLINI ; n° **360**.
- CJUE, 9 juillet 2015, Balkaya, aff. C-229/14 ; n° **272**.
- CJUE, 9 septembre 2015, Ferreira da Silva e Brito c/ Portugal, C-160/14, note JCP S n°47, 17 novembre 2015, 1422 ; n° **174**.
- CJCE, 18 octobre 1990, Dzodzi, conclusions de l'avocat général Darmon, aff. C-297/88 et C-197/89, Rec. CJCE 1990, p. I-3763 ; n° **13**.
- CJUE, 20 juin 2013, aff. C-635/11, Commission c/ Pays-Bas, note L. DRIGUEZ, Europe n° 8, Août 2013, comm. 352, n° **600**.
- TPICE, Ord., 6 juin 2002, Schneider Electric c/ Commission, aff. T-77/02 ; n° **536**.

Index alphabétique

A

Accord :

- Avec le CEE : 526.
- Consultation en vue de parvenir à un accord (nature) : 226, 227.
- De maintien de l'emploi : 336.

Accords-cadres européens : 524.

Accord d'anticipation : 230, 330, 455, 459.

Accord d'application :

- Missions : 511.
- Moyens : 512.
- Négociation : *v. ce mot.*

Accord Unique Européen : 33.

Allemagne :

- Information directe en cas de transfert : 193.
- Mitbestimmung : *v. ce mot.*

Articulations : 360, 361, 451, 463, 464, 465, 469, 567 et s.

Avant-après : *v. principe.*

B

Bonne foi : 235.

C

Cédant / cessionnaire : 172, 217.

Cercle vertueux : 85.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2001 : *V. sous Dialogue.*

Charte des droits sociaux fondamentaux de 1989 : *V. sous Dialogue.*

Clémenceau : 2.

Coemploi : 253.

Comité d'entreprise : 181.

Comité d'entreprise européen : 473 et s., 523.

Comité de la SE / SCE : 478, 479, 481.

Comité mondiale : 527.

Confidentialité : 396 et s.

Consultation :

- Cadre général : 380, 389.
- Entreprises communautaires, SE, SCE : 518, 522, 540.
- Licenciement collectif : 314, 315, 319 et s.
- Santé / sécurité : 87, 88, 225.
- Transfert : 225, 227 et s.

Coopératives : 593.

Cour de cassation : 195.

D

Directive-cadre : 147.

Dirigenti : 270.

Direction centrale : 491.

Dassault Systèmes (Comité de SE) : 514.

Droit :

- Définition
- Européen :
- Travail : *V. ce mot.*

Dialogue :

- Coopération : 377.
- Définition : 17 et s.
- Droit à l'information, la consultation et la participation : *V. ces mots.*

- Droit fondamental : 348.
- Modalités : 384, 385.
- Nature collective : 326.
- Principes impératifs : 375.
- Sanctions : 325, 403, 404.

E

Emploi : 200.

Employeur : 48, 172, 244, 245, 645.

Entreprise :

- Compétitivité : 372.
- Concept : 287, 345, 354.
- De tendance : 359.
- Européenne ou communautaire : 412, 417, 418 et s. 446.

Espace économique européen : 417, 418.

Esprit : *V. risques psychosociaux.*

ESS (loi): 197.

Etablissement : 284, 355.

Etats-Unis d'Europe : 2.

F

Facteur de risques : *v. ce mot.*

Francovich : 406, 407.

Fusion transfrontalière :

- Fusion : 558, 597.
- Principe avant-après : *v. principe.*
- Espace économique européen : 490.

G

Groupe : 173, 174, 249, 250, 251, 356, 414, 433, 434, 441, 442.

Gould W. B. : 334.

GSN : 486 et s. 496, 499, 500.

H

Haute mer : 358, 415.

Hugo V. : 2.

Harcèlement : *V. violence.*

I

Implication : 548, *V. Participation.*

Influence : *V. Participation.*

Information :

- Absence d'information directe : 188 et s.
- Appropriée : 388.
- Coordination : 82.
- Définitions : 380, 384, 479, 511, 517, 522, 539.
- Directe : 29, 77, 79.
- Santé / sécurité : 62 et s., 71, 77, 79, 115, 121, 126 et s.
- Sensible : 393 et s.

Instance :

- Collégiale : 179.
- De représentation des travailleurs : *V. Représentants.*
- Légale : 539 et s.

Interprétation conforme : 405.

J

Janus : 201.

K

Kant : 2.

L

Licenciement :

- Collectif : 275, 279.
- Motif : 257.
- OIT : 338.
- Suspension : 252.

- Volonté de l'employeur : 259, 260, 261, 264.

Loi du siège : 599, 600, 601.

Loyauté : 379.

M

Mittbestimmung : 580.

N

Négociations :

- Collaboration : 505.
- GSN / direction : 501 et s.
- Principes directeurs communs : 516.
- Responsabilité : 515.

O

Obligation de négociier de bonne foi : *V. bonne foi.*

Obligation de négociier en vue de parvenir à un accord : *V. accord.*

Obligation de sécurité : 71, 72, 73.

P

Participation :

- Assemblée Générale : 596.
- Définition : 572.
- Démocratie : 595.
- Droit comparé : 577 et s.
- Financière : 549.
- Influence : 346, 572, 573.
- Légale : 604 et s.
- Modalités : 590 et s., 608 et s.

Portalis : 3.

Précaire : *V. Travailleur.*

Prescriptions subsidiaires : 528 et s.

Présomption :

- De conformité : 232.

- D'influence dominante : 435 et s.

Prévention : 41, 65, 74, 77.

Principe avant-après : 584, 587 et s.

PSE : 335.

Q

Quai de l'Horloge : *V. Cour de cassation.*

Quasi-associé : 345.

R

Rupture : *V. licenciement.*

Représentants des travailleurs : 51, 178, 366, 402.

Risques :

- Définition : 67.
- Précaire : *V. travailleur.*
- Psychosociaux : 136, 137.

S

Santé : 138, 140.

Schumpeter : 152.

Secret des affaires : *V. Confidentialité.*

Sociedad Laboral : 582.

Société coopérative européenne : 448, 449, 553.

Société européenne : 447, 553, 565.

Subordination : 244.

T

Télétravail : 132, 133, 134.

Temps utile : 218, 219, 310, 320, 389.

Traité de Rome : 35.

Transpositions :

- Cadre général : 387, 390.
- Comités européens (CEE, SE, SCE) : 475, 476.
- Licenciement collectif : 265, 288, 289, 310, 334, 335.
- Participation : 577, 578, 579 et s.
- Santé/sécurité : 42, 84, 92, 93, 102, 141, 142, 143.
- Transfert d'entreprise : 160, 161, 162, 180, 195, 211, 214, 215, 234, 235.

Travail : 12.**Travailleur :**

- Définitions : 50, 53, 185, 268, 272, 366.
- Domestique : 53.
- Indépendant : 54.
- Précaires : 113, 120, 124.

U

UES : 426.**USA** : 290.**Utile** : *V. temps.***Utilité** : 337.**V**

Verba volent, scripta manent : 308.**Violence** : 145, 146.

TABLE DES MATIERES

<i>Remerciements</i>	4
<i>Liste des principales abréviations</i>	5
<i>Sommaire</i>	7
Introduction	8
<u>Section 1 : Le droit européen du travail</u>	10
<u>§1. Le Droit</u>	10
<u>§2. Le droit européen</u>	11
<u>§3. Le droit européen du travail</u>	12
<u>Section 2 : Le dialogue social d'entreprise</u>	15
<u>§1. Le dialogue</u>	15
<u>§2. Le dialogue social</u>	15
<u>§3. Le dialogue social d'entreprise</u>	17
<u>Section 3 : Le dialogue social d'entreprise en droit européen du travail</u>	18
<u>TITRE I : LE DIALOGUE SOCIAL AU SERVICE DE LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR DANS L'ENTREPRISE</u>	21
<u>Chapitre 1 : Le dialogue social au service de la protection du corps du travailleur</u>	22
.....	22
<u>Section 1 : La protection générale établie par la directive du 12 juin 1989</u>	23
<u>Sous-section 1 : Champ d'application du dialogue</u>	23
<u>§1. Champ d'application matériel : étendue du dialogue</u>	23
I. <u>L'objet du dialogue social en matière de santé et de sécurité</u>	23
II. <u>Le domaine du dialogue social en matière de santé et de sécurité</u>	26
<u>§2. Champ d'application personnel : acteurs du dialogue</u>	27
I. <u>L'employeur</u>	27
II. <u>Les travailleurs et leurs représentants</u>	28

<u>Sous-section 2 : Contenu du dialogue</u>	31
<u>§1. Le dialogue social passif</u>	31
I. <u>La responsabilisation des travailleurs par l’information sur les risques</u>	32
A) <u>L’information sur l’existence des risques</u>	32
B) <u>La prise de conscience des risques</u>	33
II. <u>La confiance des travailleurs par l’information sur les mesures prises</u>	34
A) <u>L’information sur l’existence des mesures prises</u>	34
B) <u>L’information sur l’existence de mesures spécifiques</u>	36
1) <u>L’information sur les mesures à prendre en cas d’incendie ou de dangers graves</u>	37
2) <u>L’information sur les mesures à prendre en cas de pluralité d’entreprises en un lieu</u>	38
<u>§2. Le dialogue social actif</u>	39
I. <u>Le droit à consultation</u>	40
II. <u>Le droit de proposition</u>	41
III. <u>Le droit à une participation équilibrée</u>	42
Conclusion de la Section 1	44
<u>Section 2 : Les protections spécifiques</u>	45
<u>Sous-section 1 : Le renforcement de la protection du corps des travailleurs précaires</u>	46
<u>§1. Les travailleurs précaires en raison du temps</u>	47
I. <u>Les travailleurs en CDD ou en mission</u>	48
II. <u>Les travailleurs à temps partiel</u>	49
<u>§2. Les travailleurs précaires en raison de l’espace</u>	50
I. <u>Les travailleurs précaires en déplacement</u>	50
II. <u>Les travailleurs précaires à domicile</u>	51
<u>Sous-section 2 : Le renforcement de la protection de l’esprit pour tous les travailleurs</u>	53
<u>§1. Le stress au travail</u>	53
<u>§2. La violence au travail</u>	56
Conclusion de la Section 2	57
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	58

Chapitre 2 : Le dialogue social au service de la protection de l'emploi du travailleur...	60
Section 1 : L'emploi menacé par une opération juridique	61
Sous-Section 1 : Le champ d'application du dialogue	62
§1. Champ d'application matériel	62
I. <u>Les limites matérielles impératives tenant à la définition du transfert</u>	62
A) <u>La définition du transfert</u>	62
B) <u>La situation de l'entreprise</u>	64
II. <u>La limite matérielle facultative tenant à l'article sur l'information et la consultation</u>	65
§2. Champ d'application personnel	66
I. <u>Les employeurs</u>	66
II. <u>Les travailleurs et leurs représentants</u>	68
A) <u>Représentants des travailleurs</u>	68
B) <u>Travailleurs</u>	70
1) <u>L'ambition de la directive</u>	70
2) <u>Les mauvaises transpositions</u>	71
a) <u>Les mauvaises transpositions adoptées par les législateurs nationaux</u>	71
b) <u>Les mauvaises transpositions entérinées par les juges nationaux</u>	73
Sous-section 2 : Le contenu du dialogue	77
§1. L'information certaine sur les éléments du transfert	77
I. <u>Information : unité de contenu</u>	77
A) <u>Une information identique en toute situation</u>	78
B) <u>Des nuances issues des appréciations nationales</u>	79
II. <u>Information : divergence de tempo</u>	82
§2. L'incertaine consultation en vue de parvenir à un accord	83
I) <u>La nature de la consultation en vue de parvenir à un accord</u>	84
II) <u>La réception de cette obligation par les Etats membres</u>	86
Conclusion de la Section 1	87
Section 2 : L'emploi menacé par des difficultés économiques	88

<u>Sous-section 1 : Champ d'application du dialogue</u>	89
<u>§1. Le licenciement opéré par un employeur pour un motif non-inhérent à la personne des travailleurs</u>	89
I. <u>Un licenciement opéré par un employeur...</u>	89
A) <u>La définition de l'employeur</u>	89
B) <u>La présence d'un groupe</u>	91
II. <u>... Pour un motif non-inhérent à la personne du travailleur</u>	93
A) <u>Le motif non-inhérent à la personne du travailleur</u>	93
1) <u>Un licenciement ...</u>	93
2) <u>... Pour une cause économique</u>	94
B) <u>L'assimilation partielle d'autres modes de rupture</u>	95
<u>§2. Le licenciement d'un nombre déterminé de travailleurs</u>	96
I. <u>La détermination des travailleurs visés</u>	97
II. <u>Un nombre minimum de travailleurs licenciés</u>	98
A) <u>Calcul des seuils</u>	98
B) <u>Périmètre du calcul</u>	99
1) <u>L'établissement, périmètre classique</u>	100
2) <u>L'entreprise, périmètre d'exception</u>	101
<u>Sous-section 2 : Le contenu du dialogue social</u>	103
<u>§1. L'appréhension du dialogue social</u>	103
I. <u>La teneur du droit d'information et de consultation</u>	104
A) <u>Le préalable inévitable de l'information</u>	104
1) <u>Les éléments d'information</u>	104
a) <u>La liste des informations</u>	106
b) <u>Par-delà la liste</u>	107
2) <u>Transpositions et méthode d'interprétation</u>	108
B) <u>Des consultations multiples et nourries</u>	108
1) <u>Les objectifs des consultations</u>	110
2) <u>Le temps des consultations</u>	112
II. <u>La nature du droit d'information et de consultation</u>	113
<u>§2. L'aboutissement du dialogue social</u>	113
I. <u>L'obligation de rechercher un accord</u>	114
II. <u>La réception de l'obligation par les Etats membres</u>	114
A) <u>Le Royaume-Uni</u>	115

B) <i>La France</i>	116
Conclusion de la Section 2	117
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	118
CONCLUSION DU TITRE I	119

TITRE II : LE DIALOGUE SOCIAL AU SERVICE DE LA PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS A LA GESTION DE L'ENTREPRISE.....120

Chapitre 1 : Le dialogue social avec les organes de décision.....121

Section 1 : Le dialogue social avec les organes de décision dans l'entreprise de dimension nationale.....121

Sous-section 1 : Champ d'application.....122

§1. Champ d'application matériel.....122

I. La cible : l'entreprise.....122

A) *Principe*.....124

B) *Exceptions facultatives*.....125

II. L'articulation des normes.....126

§2. Champ d'application personnel.....126

I. Employeur.....126

II. Les travailleurs et leurs représentants.....128

Sous-section 2 : Contenu du dialogue.....129

§1. La substance du dialogue.....129

I. Fondements du dialogue.....131

II. Modalités du dialogue.....131

A) *Objet*.....132

B) *Régime*.....132

2§. Les circonstances du dialogue.....133

I) La non-divulgence des informations.....134

A) *L'information retenue*.....134

B) *L'information limitée*.....135

II) Sanctions du dialogue.....137

A) *Le dialogue protégé*.....137

B) *Le dialogue atrophié*.....138

Conclusion de la Section 1	140
<u>Section 2 : Le dialogue social avec les organes de décision dans l'entreprise de dimension communautaire</u>	141
<u>Sous-section 1 : Périmètre du dialogue</u>	141
<u>§1. Les entreprises communautaires</u>	141
I. <u>L'entreprise d'envergure communautaire</u>	141
A) <u>L'entreprise</u>	143
1) <u>Conditions géographiques</u>	143
2) <u>Conditions d'effectifs</u>	144
a) <u>Seuils</u>	144
b) <u>Calcul</u>	145
B) <u>Le groupe</u>	147
1) <u>Groupe</u>	147
a) <u>Présence d'un groupe</u>	147
b) <u>Absence du groupe</u>	148
2) <u>Groupe de dimension communautaire</u>	149
II. <u>L'entreprise de nature communautaire</u>	150
<u>§2. Les articulations</u>	151
I. <u>Articulations de niveau européen</u>	152
A) <u>Articulation dans le temps</u>	152
1) <u>L'accord anticipant la directive du 22 septembre 1994</u>	153
2) <u>L'accord anticipant la directive du 6 mai 2009</u>	154
B) <u>Articulations dans l'espace</u>	154
1) <u>Primauté de la nature sur l'envergure</u>	155
2) <u>Cumul des informations et des consultations</u>	155
II. <u>Articulations avec les droits nationaux</u>	156
A) <u>Comité d'entreprise européen et instances nationales</u>	156
1) <u>Compétence de l'accord</u>	156
2) <u>L'exemple français de l'articulation</u>	158
B) <u>Comité de la SE ou de la SCE et instances nationales</u>	160
<u>Sous-section 2 : Contenu du dialogue dans les entreprises communautaires</u>	161
<u>§1. L'information et la consultation négociées</u>	161
I. <u>La négociation de l'accord</u>	161

A) <i>Les acteurs de la négociation</i>	161
1) <i>L'organe patronal</i>	161
a) <i>Identification</i>	161
b) <i>Obligations</i>	162
2) <i>Le groupe spécial de négociation</i>	164
a) <i>Création</i>	164
b) <i>Disparition</i>	165
B) <i>Les modalités de la négociation</i>	166
II. <i>L'accord d'application</i>	168
A) <i>Les contraintes</i>	168
1) <i>Thèmes obligatoires</i>	169
2) <i>Principes directeurs</i>	171
B) <i>Les libertés</i>	173
<i>§2. L'information et la consultation imposées</i>	176
I. <i>Cas de mise œuvre</i>	176
II. <i>Contenu des normes imposées</i>	177
A) <i>Les missions de l'instance légale</i>	178
B) <i>Les moyens de l'instance légale</i>	179
Conclusion de la Section 2	181
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	182
<u>Chapitre 2 : Le dialogue social dans les organes de décision</u>	183
<u>Section 1 : Périmètre de la participation</u>	185
<u>Sous-section 1 : Identification des sociétés</u>	185
<u>§1. La participation dans les sociétés européennes</u>	185
<u>§2. La participation dans les sociétés issues d'une fusion transfrontalière</u>	186
<u>Sous-section 2 : Règles d'articulation</u>	187
<u>§1. Articulations des droits à participation</u>	187
<u>§2. Articulations avec d'autres droits</u>	189
Conclusion de la Section 1	190

<u>Section 2 : Contenu de la participation</u>	191
<u>Sous-section 1 : La participation conventionnelle</u>	191
<u>§1. Les conceptions nationales de la participation</u>	192
<u>§2. Le principe « avant-après »</u>	195
I. <u>L'application d'un principe transversal</u>	195
A) <u>La mise en œuvre du principe « avant-après »</u>	195
B) <u>Le contenu de l'accord</u>	196
II. <u>Les particularités liées aux diverses sociétés</u>	197
A) <u>Les particularités liées à la SCE</u>	197
B) <u>Les particularités liées à la société issue d'une fusion transfrontalière</u>	198
<u>Sous-section 2 : La participation légale</u>	201
<u>§1. Cas de mise en œuvre</u>	201
<u>§2. Contenu</u>	202
Conclusion de la Section 2	203
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	204
CONCLUSION DU TITRE II	205
CONCLUSION GENERALE	206
<i>Bibliographie</i>	207
<i>Index alphabétique</i>	234
<i>Table des matières</i>	238