



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail

Dirigé par Bernard TEYSSIÉ

2014

***Les instances mondiales de
représentation du personnel***

Nicolas ANCIAUX

Sous la direction de Bernard TEYSSIÉ

Les instances mondiales de représentation du personnel

par Nicolas Anciaux

sous la direction du Professeur Bernard Teyssié

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

Promotion Cofely Ineo

Année universitaire 2013-2014

*À mon grand-père,
À ma grand-mère.*

Remerciements

Je remercie sincèrement le Professeur Teyssié de m'avoir accueilli au sein du Master 2 DPRT, et du Laboratoire de droit social, et de m'avoir accordé cette opportunité inestimable. Principal inspirateur de ces lignes, chaque page porte la trace de son influence sur le sujet ; il est le premier artisan de sa rédaction. Ce mémoire n'aurait pas été sans son immense empreinte doctrinale, qu'il a toujours transmise à chacune de mes sollicitations.

Je remercie vivement Maître Dupiré de son attention et du formidable savoir qu'il m'a transmis durant la rédaction de ce mémoire. Ses conseils et ses explications ont guidé la composition de ces pages. Je remercie également l'ensemble des membres du cabinet pour leur gentillesse, leur compréhension et leurs encouragements.

Je remercie la promotion Cofely-Ineo pour l'ambiance enthousiaste qui a animé ces mois d'écriture. Une attention particulière à mon mîr Guillaume (ui-mellon) et à tous mes voisins qui m'ont supporté tant bien que mal, et notamment Léa !

Je remercie également l'ensemble des membres de l'équipe pédagogique du Laboratoire de droit social et particulièrement Mademoiselle Lydie Dauxerre et Madame Catherine Lebret.

Je remercie mes deux relectrices (préférées), Aurore et Victoria pour leur immense patience, leur indéfectible constance et les heures consacrées à ce travail.

Je remercie ma famille pour son soutien tout au long de cette année.

Enfin, je remercie Aurore, qui m'a accompagné tout le long de l'écriture, et sans qui ce mémoire en serait encore à sa vingt-cinquième page. Sa persévérance, son intelligence et sa patience ont marqué chacune de ces pages.

Liste des principales abréviations

Arch. phil. : Archive de Philosophie du Droit.

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. com. : Cour de Cassation, Chambre commerciale.

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

Cass. req. : Cour de Cassation, Chambre des requêtes.

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

CE : Conseil d'État.

Cf. : Confer.

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.

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 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.E. : Organisation Internationale des Employeurs.

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

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

p. : Page.

S.D.N. : Société des Nations.

R.D.A. : Revue de Droit d'Assas.

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.E.J. : Revue Interdisciplinaires d'Études Juridiques.

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.

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

V. : Voir.

Sommaire

INTRODUCTION	1
TITRE 1 : LES ACTEURS DE L'INSTANCE MONDIALE DE REPRESENTATION DU PERSONNEL ...15	
<i>Chapitre 1 : L'acteur employeur</i>	16
<i>Chapitre 2 : Les acteurs salariés</i>	52
CONCLUSION DU TITRE I.....79	
TITRE 2 : LE REGIME DE L'INSTANCE MONDIALE DE REPRESENTATION DU PERSONNEL80	
<i>Chapitre 1 : Un régime européen : une expérience continentale</i>	82
<i>Chapitre 2 : Un régime mondial : la loi sociale transnationale</i>	126
CONCLUSION DU TITRE II166	
CONCLUSION GENERALE	167

Introduction

« *Our doubts are traitors and make us lose the good
we oft might win by fearing to attempt* »¹

1. « *And dull unfeeling barren ignorance* »². Doute, peur, hésitation. Les instances mondiales de représentation du personnel inspirent ces sentiments. L'employeur peut redouter leur édification. Les salariés de l'entreprise peuvent hésiter à emprunter une nouvelle voie de représentation. Les concepteurs de l'instance mondiale de représentation du personnel doutent des chemins à explorer pour l'édifier. L'ignorance saisit tous les acteurs ; son dépassement s'avère nécessaire.

2. « *Good sir, why do you start; and seem to fear things that do sound so fair ?* »³. L'instance mondiale de représentation du personnel consacre une nouvelle espèce d'acteur au sein de l'entreprise : un acteur libéré des contraintes, des traditions et des enjeux nationaux. Cette libération conduit à lui conférer un rôle privilégié. De partenaire imposé, et parfois regretté, elle se transforme en partenaire incontournable ; la direction de l'entreprise trouvera en cette instance un interlocuteur possédant une légitimité particulière.

3. « *But do not stain the even virtue of our enterprise* »⁴. Le discours révèle un certain parti pris. Mais n'est-il pas inhérent à tout propos ?⁵ Une conviction guide ces lignes : celle

¹ W. SHAKESPEARE, *Measure for Measure* : Acte I, Scène IV : « *Nos doutes sont des traîtres, et nous privent*

² W. SHAKESPEARE, *Richard II* : Acte I, Scène III : « *L'insensible, la stérile ignorance est le geôlier qui m'est donné pour me garder* ».

³ W. SHAKESPEARE, *Macbeth* : Acte I, Scène III : « *Mon bon seigneur, pourquoi tressaillez-vous, et semblez-vous craindre des choses dont le son vous doit être si doux ?* ».

⁴ W. SHAKESPEARE, *Julius Caesar* : Acte II, Scène I : « *Mais ne souillons pas la sereine vertu de notre entreprise* ».

⁵ Le doyen Carbonnier n'a-t-il pas lui-même entamé son magistral *Droit civil* par ces quelques mots : « *Il nous fat terminer par une précision d'ordre personnel : même quand il arrive à ce livre de paraître refléter un parti pris (qui n'en a pas ?) que l'on veuille bien sous-entendre, au-delà de ce parti pris, une sympathie très profonde*

de la nécessité *d'accompagner* les mouvements d'un monde globalisé. L'instance mondiale de représentation du personnel doit bénéficier à toutes les parties de l'entreprise. La vision manichéenne d'une opposition inhérente, et inéluctable, entre employeur et salariés est ici rejetée. L'espérance d'un bénéfice commun mène l'ouvrage.

4. Les instances mondiales de représentation du personnel représentent une certaine idée du droit social (**Section 1**). Leur définition, en l'absence de tous repères préexistants, se révèle ardue (**Section 2**). Ces instances constituent, enfin, un pari sur les vertus de l'autonomie ; ses acteurs sont seuls capables de consacrer cette expérience comme un succès ou un échec (**Section 3**).

Section 1 : Une conception du droit social

5. **Une double parenté.** L'instance mondiale de représentation du personnel personnifie une conception particulière du droit social ; une certaine idée de celui-ci⁶. Le droit social s' imagine indépendant, maître de ses désirs et volontés. Mais, en réalité, il se trouve englobé dans un *droit de l'entreprise* (A). Loin de se suffire à lui-même, le droit du travail requiert, parfois, sans le demander mais, en le souhaitant, l'aide du *droit civil* (B).

A. *Le droit social : un droit de l'entreprise*

6. **Le mystère de l'entreprise.** L'entreprise est un mystère. Sa définition juridique relève de l'exploit. « *Toujours présente, rarement définie et peut-être même rétive à toute définition, la notion d'entreprise est de celles qui ne s' abordent qu'avec beaucoup de prudence* »⁷. Elle varie au grès des disciplines et des auteurs. En droit social, un auteur propose de considérer l'entreprise « *comme une cellule sociale, cimentée par une activité commune sous une autorité unique* »⁸. Nul doute qu'en droit commercial, l'entreprise sera appréhendée comme

pour toutes les opinions qui divisent la doctrine, pour tous les sentiments qui font la France » (J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction : PUF, *Quadrige*, 2004).

⁶ Pour détourner le célèbre titre de l'ouvrage du Professeur Gurvitch (G. GURVITCH, *L'idée du droit social* : Sirey 1932, rééd. Scientia Verlag Aalen 1972).

⁷ P.-Y. VERKINDT, *L'entreprise in Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ : éd. Panthéon-Assas, 2008, p. 43.

⁸ N. CATALA, *L'entreprise – Traité de droit du travail* : Dalloz 1980, p. VII., n° 3.

un habillage juridique pour chacune des cellules productives composant la structure⁹. L'intérêt¹⁰ et la finalité¹¹ de l'entreprise sont âprement débattues. La place des salariés au sein de cette entité fait débat¹². Institution¹³ ou juxtaposition de relations contractuelles, l'entreprise entretient un mystère sur sa nature réelle. Au carrefour de différentes matières juridiques, elle produit une conjugaison de ces disciplines.

7. La conjugaison des disciplines. Droit social, droit commercial, droit des sociétés, droit des contrats, etc. La liste des disciplines juridiques parcourant l'entreprise est longue¹⁴. Chacune d'entre elles porte une vision de sa matière¹⁵. La confrontation de ces différentes visions dans l'entreprise contribue à la constitution d'un droit *de* l'entreprise. Le droit social n'échappe pas à la formule. Il constitue même, pour certains auteurs, une technique d'organisation de l'entreprise¹⁶. Sans renier sa fonction protectrice naturelle et prééminente¹⁷

⁹ N. CATALA, L'entreprise – Traité de droit du travail : *Dalloz 1980, p. VI., n° 3.*

¹⁰ V. B. TEYSSIÉ, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail : *D. 2004, p. 1680 s.* ; A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée, préf. B. TEYSSIÉ : *Dalloz, 2005, p. 256, n°306* : « *L'intérêt de l'entreprise se confond avec la liberté d'entreprendre de l'employeur. C'est alors à une conciliation des droits fondamentaux que doit se livrer le juge en exerçant le contrôle de proportionnalité. En effet, il ne faut pas que l'exercice par un salarié de ses droits soit de nature à paralyser l'exercice de l'activité, au risque de porter gravement atteinte à la liberté d'entreprendre de l'employeur. Dès lors, les notions d'intérêt ou de bon fonctionnement de l'entreprise seraient des garanties des libertés de l'employeur* ».

¹¹ V. G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : *thèse dactyl. Paris II, 2014 (à paraître).*

¹² Ainsi, pour certains auteurs, le salarié ne fait pas partie de l'entreprise mais est à son service (G. H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, Précis de droit du travail : *Dalloz, 1978, n°369* cité in N. CATALA, L'entreprise – Traité de droit du travail : *Dalloz 1980, p. VII.*)

¹³ V. P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s.*

¹⁴ Ainsi Paul Durand énonce que « *toutes les branches du droit ramènent la pensée vers cette même notion de l'entreprise* » (P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s.*).

¹⁵ V. pour le droit du travail, la lecture « progressiste » (R. DE QUENAUDON, La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ? : *D. 2005, p. 1736.*)

¹⁶ V. J. BARTHÉLÉMY, Droit social, technique d'organisation de l'entreprise : *Éditions Liaisons, 2003, p. 490, n°384* : « *L'approche organisationnelle du droit social ne peut qu'en favoriser les mutations indispensables. Le droit social contribue en effet au bon fonctionnement de l'entreprise si ses normes sont conçues, sans pour autant appauvrir sa fonction protectrice génétique, pour donner de la consistance juridique à la collectivité du personnel* » ; V. également B. TEYSSIÉ, La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise : *Dr. soc. 1986, p. 852* démontrant que la modification du contrat de travail est un outil d'adaptation

du salarié, il doit concourir à cet intérêt. « À chacun d'avoir le souci de la pérennité de l'ensemble, de l'intérêt de l'entreprise... sans laquelle il n'est plus d'emploi »¹⁸. L'avertissement est lumineux. Mieux qu'un autre droit, disait Paul Durand¹⁹, le droit social est un droit de l'entreprise. Mieux que quiconque, il doit mesurer sa dépendance à l'égard d'autres matières. L'entreprise est un paradigme économique²⁰, sociologique²¹ et juridique²². L'instance mondiale de représentation du personnel émerge sous ces auspices.

« aux évolutions qu'impose un monde économique mouvant » ; B. TEYSSIÉ, Sur l'entreprise et le droit social, Études offertes à Jacques Barthélémy : *Droit du travail et de la sécurité sociale, 1994, Hors série, Avant-propos* : « (L'entreprise) n'est pas seulement une organisation de production ou de distribution développant son activité au sein d'un marché à la recherche d'un profit maximum. Complexe de biens, elle est également un rassemblement d'activités humaines, communauté sociale. Réalité sociologique, elle ne se désintègre pas, au plan juridique, en une juxtaposition de rapports contractuels individuels. Collectivité organisée, le personnel existe comme une entité distincte, parfois dotée d'une représentation propre dont le législateur s'efforce d'assurer la participation à la vie de l'entreprise ».

¹⁷ J. BARTHÉLÉMY, Droit social, technique d'organisation de l'entreprise : *Éditions Liaisons, 2003, p. 59, n°26*.

¹⁸ B. TEYSSIÉ, La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise : *Dr. soc. 1986, p. 852*.

¹⁹ « C'est le droit du travail qui permet sans doute l'analyse la plus complète (de l'entreprise), en raison de l'importance qu'il donne au personne, et par suite des transformations profondes qui se produisent, à une époque récente dans l'entreprise » (P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s*).

²⁰ V. par ex. H. GABRIÉ, J.-L. JACQUIER, La théorie moderne de l'entreprise, Approche institutionnelle : *Économica, 1994, p. 315* : « Nous espérons avoir clairement montré dans cet ouvrage que la conception qui représente l'entreprise comme un réseau de contrats, dont l'essence est la relation d'emploi (le rapport salarial pour la forme capitaliste), maximisant son profit à travers l'efficacité organisationnelle, sous des hypothèses qui introduisent enfin les conflits et mettent l'accent sur les motivations est une constante, une ligne directrice autour de laquelle s'organisent toutes les contributions individuelles qui forment la nouvelle économie institutionnelle ».

²¹ V. par ex. R. SAINSAULIEU, Sociologie de l'entreprise, Organisation, culture et développement : *Éditions Presse Sciences-Po et Dalloz, 1995*.

²² V. A. SUPIOT, Groupes de sociétés et paradigmes de l'entreprise : *RTD Com., 1985, p. 621* ; V. également P.-Y. VERKINDT, L'entreprise in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2008, p. 43* qui énonce que le choix de partir du phénomène de l'entreprise et de ses transformations « est dépendant du constat que le droit du travail s'est historiquement construit et développé à l'intérieur d'un certain paradigme de l'entreprise. Cette dernière étant avant tout un territoire et un temps (celui du travail), les deux composantes étant homogènes l'une de l'autre ».

8. L'instance réconciliatrice. Le droit social, membre d'un droit de l'entreprise, s'incarne avec une particulière acuité dans les instances mondiales de représentation du personnel. Au sein d'une entreprise transnationale, symbole de l'achèvement des techniques sociétaires et commerciales, une représentation mondiale des travailleurs tente d'exister. Dans la reconnaissance du réceptacle de l'instance, dans le choix de ses acteurs et de son régime, différents droits et intérêts s'entrecroisent. L'instance mondiale de représentation du personnel cristallise un rapport entre pouvoir et droit²³ : pouvoir de l'employeur dans la direction de sa structure et droit des salariés à une représentation. L'instance dessine alors la « communauté d'intérêts » de Paul Durand²⁴ à l'échelle mondiale.

9. Droit de l'entreprise, le droit social, concrétisé dans l'instance mondiale de représentation du personnel, demeure un enfant du droit civil.

B. Le droit social : un droit civil

10. Entre particularisme, parenté et autonomie. « *L'autonomie n'est pas point l'indépendance. Droit spécial, le droit du travail continue à puiser largement dans les techniques et les concepts du droit civil (...)* »²⁵. L'autonomie n'est pas synonyme de domination ou servitude ; ces notions doivent demeurer absentes des propos relatifs aux liens entre le droit civil et le droit du travail²⁶. L'autonomie découle de la particularité du droit du

²³ V. G. GURVITCH, L'idée du droit social : *Sirey 1932, rééd. Scientia Verlag Aalen 1972, p. 591 s.* sur les rapports entre droit, pouvoir et souveraineté dans le droit social. À l'échelle mondiale l'on pourrait considérer le pouvoir de l'employeur comme la *couche organisée* du droit social, celle reposant sur la norme établie conférant à l'employeur le pouvoir de diriger l'entité. Le droit des salariés à la représentation serait lui la *couche inorganisée* du droit social, se fondant sur une aspiration mondiale des salariés sans fondement particulier.

²⁴ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s.*

²⁵ B. TEYSSIÉ, Droit du travail, t.1, Relations individuelles du travail : *Litec, 1992, p. 31, n° 57* : « *Mais l'autonomie n'est pas l'indépendance. Droit spécial, le droit du travail continue à puiser largement dans les techniques et les concepts du droit civil qu'il s'agisse d'affirmer la force obligatoire ou l'effet relatif du contrat, de fixer les conditions de sa résolution ou d'éventuels engagements de responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle, de procéder à la réduction des pénalités excessives, etc.* ».

²⁶ Le Professeur Durand démontre à ce titre « *que la subordination du droit du travail au droit privé est un phénomène récent dans notre histoire sociale, elle n'existait pas dans la France de l'Ancien Régime* ». Sous celui-ci, les relations de travail « *étaient régies par les mœurs et relèvent de l'autorité domestique* ». Au-delà

travail tenant à son objet. Celui-ci tente d'encadrer les relations professionnelles. Plus que toute autre branche du droit, il concerne l'*homme*. Autonome et particulier, sa parenté avec le droit civil n'en reste pas moins incontestable ; le droit du travail est un droit et « aucune branche du droit ne peut se construire isolément ; aucune n'est complètement autonome au sein de l'ordre juridique »²⁷.

11. Une influence dans la conception. Le droit civil influence le droit social en *amont*. Dans la conception de la norme, le créateur peut s'inspirer des grands principes du droit commun. Le droit civil constituant « l'environnement juridique du droit social en même temps que (son) infrastructure »²⁸ s'en affranchir relève de la chimère. D'inspirateur, le droit civil peut se transformer en clarificateur. Ses principes facilitent des distinctions *initiales* dont dépendent, *in fine*, l'établissement d'une instance. L'influence du droit civil, en amont, peut être également rétrospective. L'on recherche dans le droit commun les fondements de décisions de jurisprudence sociale. Le « coemploi » offre un exemple flagrant de ce phénomène²⁹. À une influence au temps de la conception du droit social succède une influence au temps de son application.

de la France, le « *particularisme du droit du travail est imposé par les faits* » comme en Allemagne ou en Italie (P. DURAND, *Le particularisme du droit du travail : Dr. soc. 1945, p. 298 s.*).

²⁷ P. DURAND, *Le particularisme du droit du travail : Dr. soc. 1945, p. 298 s.*

²⁸ G. LYON-CAEN, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : RTD Civ. 1974, p. 229.* Ainsi pour le Professeur Lyon-Caen, l'environnement du droit civil pèse sur certains domaines particuliers du droit du travail : la propriété et la liberté d'entreprise ainsi que le contrat.

²⁹ V. J.-F. CESARO, *Le coemploi : RJS 2013, p. 3 s.* cherchant le fondement juridique du coemploi et empruntant les voies de la responsabilité (du fait d'autrui et de son fait) pour le trouver. Sur la responsabilité du fait d'autrui, le Professeur Cesaro écrit que « *l'on pourrait envisager de s'appuyer sur la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Il faudrait considérer que la société contrôlée est placée dans une situation de préposition vis-à-vis du coemployeur. On aboutirait à ce résultat qu'un commettant pourrait être aussi un préposé. En pratique, c'est parfaitement possible, mais peut-être conviendrait-il de retenir une lecture plus stricte de la notion de préposé, en particulier depuis l'avènement de la responsabilité générale du fait d'autrui. Par ailleurs, ce choix a une incidence importante - qui n'est probablement pas souhaitable - sur le régime de responsabilité applicable au préposé* » ; V. également G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail : thèse dactyl. Paris II, 2014 (à paraître)* apparentant cette même notion de coemploi à une lettre d'intention issue de la volonté du juge.

12. Une influence dans l'application. Pour Paul Durand, « *le particularisme du droit du travail conduit à ne laisser au droit commun qu'une place subordonnée* »³⁰. L'attraction du droit civil sur le droit du travail se traduit par une fonction supplétive au temps de son application au droit du travail. Oublier cette fonction, c'est oublier « *la nécessité de la référence au droit civil, seul apte à combler les lacunes de la loi sociale (...)* »³¹.

13. L'instance réconciliatrice. L'opposition d'esprit, encore sous-jacente, entre droit du travail et droit civil³² relève du domaine de l'irrationnel. Le second nourrit le premier dans sa création et dans son application. Le particularisme du droit du travail n'est pas remis en cause. « *L'opposition droit civil/droit du travail est aujourd'hui dépassée : l'analyse doctrinale doit selon le professeur Hauser porter sur la cohésion de l'ensemble du droit au prix d'importantes mais légitimes spécificités* »³³. L'instance mondiale de représentation du personnel, par son caractère *mondial*, requiert le droit civil et ses techniques partagées par tous. Souvent assises sur un contrat, l'instance se nourrit du droit civil mais sait se développer et puiser dans ses sources propres.

14. La nature du droit social. L'instance mondiale de représentation du personnel cristallise la *nature* du droit social : un droit de l'entreprise³⁴, baigné par les particularités de son objet et puisant dans ses origines (le droit civil) à différents instants de son existence. La communauté d'intérêts³⁵ de l'entreprise trouve à s'exprimer dans cette instance. L'édification et l'application de cette dernière reposent sur un emprunt aux techniques du droit civil.

³⁰ P. DURAND, Le particularisme du droit du travail : *Dr. soc. 1945, p. 298 s*

³¹ B. TEYSSIÉ, Droit du travail, t.1, Relations individuelles du travail : *Litec, 1992, p. 33, n° 57*.

³² G. COUTURIER, Les techniques civilistes et le droit du travail, Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues : *D. 1975 chron. XXIV, p. 151 s*.

³³ A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, préf. B. TEYSSIÉ : *Dalloz, 2005, p. 606*.

³⁴ « *L'entreprise est au cœur d'un entrelacs normatif sollicitant l'ensemble des disciplines juridiques. Le droit du travail est l'une d'elles, soumis à leur pression mais les influençant aussi. Hors des terres du contrat où le droit commun des obligations, en principe, dicte sa loi, le droit du travail est d'abord aux prises avec celui des structures de l'entreprise (et vice versa), singulièrement avec le droit des sociétés* » (B. TEYSSIÉ, Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes : *Dr. soc. 2005, p. 117*).

³⁵ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s*.

L'objet de l'instance relève entièrement de la particularité du droit du travail ; un droit des relations de travail. L'équilibre est étrange mais l'ensemble possède une réelle cohérence.

15. De manière surprenante, « *le terme d'instance de représentation du personnel ou d'institution représentative du personnel est couramment usité mais ses contours sont imprécis* »³⁶. L'instance mondiale de représentation doit, malgré tout, faire l'objet d'une tentative de définition.

Section 2 : Une tentative de définition

16. Une tentative de définition de l'instance mondiale (B) de représentation du personnel (A) s'impose.

A. Tentative de définition de l'instance de représentation du personnel

17. **Méthode sémantique.** Oubliée ou rebelle, l'instance de représentation du personnel ne connaît pas de définition sûre. Dégager des critères pour la définir n'est pas chose aisée³⁷. Le retour à une analyse sémantique s'avère nécessaire. L'instance³⁸ désigne fréquemment, dans le vocabulaire juridique, une procédure³⁹. Par extension seulement, elle est une « *situation juridique des parties en cause ; l'instance est en ce sens un lien juridique source*

³⁶ A. LEMETTRE, L'organisation des instances de représentation du personnel : essai sur un cadre évolutif : thèse dactyl. Paris II, 2012, p. 16, n°36.

³⁷ On renvoie, à ce titre, au débat en France sur la reconnaissance d'institution représentative du personnel et notamment sur le débat relatif à l'absence de reconnaissance par la Cour de Cassation de la qualité d'institution représentative du personnel au représentant des salariés dans les procédures collectives (V. F. PETIT, Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? Cour cass. ch. Sociale 19 février et 27 juin 2002 : *Dr. soc.* 2002, p. 1073 s.).

³⁸ L'instance plutôt que l'institution. La différence est fine. En réalité le terme institution semble plus adapté à l'idée de représentation continue du personnel. L'institution représente ce qui a été établi « pour le gouvernement des hommes » (Dictionnaire de l'Académie Française, « instance », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>). L'institution renvoie à quelque d'établi, l'instance à une action. La différence entre les deux notions siège dans l'absence de mouvement pour l'un et la continuité de mouvement dans l'autre.

³⁹ L'instance est une « procédure engagée devant une juridiction ; phase d'un procès » (G. CORNU, « instance » in Vocabulaire juridique : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 552) ou encore une « procédure engagée devant une juridiction ; déroulement de cette procédure (Dictionnaire de l'Académie Française, « instance », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

de droits et d'obligations pour les parties à l'instance »⁴⁰. Le sens est ici plus proche de l'idée d'instance de représentation du personnel.

18. Les termes « représentation » et « personnel » soulèvent moins de difficultés. La représentation est « l'action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnelle (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'un autre – incapable ou empêchée – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté »⁴¹. Si la représentation en droit social déroge aux canons civilistes de l'institution de la représentation⁴², l'idée est transparente. Les membres de l'institution représentent. Le deuxième élément du couple de la représentation doit être introduit : les représentés sont le « personnel ». Notion vague, elle renvoie à toute personne présente dans l'entreprise et susceptible d'être représentée.

19. La valeur de la finalité. Sans doute qu'au delà des mots, l'idée prime dans l'expression « instance de représentation du personnel ». « Il s'agit toujours de faire monter sur la scène juridique la collectivité des travailleurs, autrement insaisissable pour la placer en face d'un interlocuteur patronal, et rendre ainsi possible la prévention, la négociation ou la résolution des litiges »⁴³. Cette collectivité de travailleurs s'incarne dans l'entreprise. L'instance de représentation du personnel n'est pas une organisation, au sens international du terme. Cette dernière existe en dehors de l'entreprise, aux antipodes de l'instance de représentation du personnel.

20. La finalité de l'instance dégagée, place doit être faite à la définition du caractère mondial de l'instance en question.

B. Tentative de définition de l'instance mondiale de représentation du personnel

21. Diversité sémantique. Transnationale, internationale, mondiale... Autant d'adjectifs susceptibles d'être attachés à une instance de représentation du personnel qui dépasse le simple cadre national. Existe-t-il une réelle distinction entre une instance transnationale, une

⁴⁰ G. CORNU, « instance » in Vocabulaire juridique : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 552.

⁴¹ G. CORNU, « représentation » in Vocabulaire Juridique : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 894 s.

⁴² Cf. *infra* n°117.

⁴³ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : PUF, *Quadrige*, 2007, p. 87.

instance internationale et une instance mondiale de représentation du personnel ? De l'importance de l'effort de définition d'une instance mondiale dépend la compréhension du sujet. Le périmètre de l'instance conduit à définir son régime, son champ d'action et par là-même son essence et donc sa substance autant que sa nécessité.

22. Définitions. Les notions et définitions de « transnational » et « international » apparaissent comme voisines, synonymes, dans le cadre d'une instance de représentation du personnel. Le terme transnational « *suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par-dessus les frontières indépendamment de l'action des États* »⁴⁴ selon Gérard Cornu. Le terme international, dans son sens premier, s'entend par ce « *qui concerne les relations entre nations (au sens d'État) ; s'applique tantôt à la source du droit (celui-ci émanant non d'un seul État, mais de plusieurs, ou de la communauté internationale), tantôt à son objet (la règle émanant d'un seul État mais visant des situations qui en intéressent plusieurs)* »⁴⁵. Dans son second sens, international « *désigne des situations qui, parce qu'elles intéressent plusieurs États, appellent l'application de règles particulières, de source variable* »⁴⁶. L'Académie Française définit le terme international comme ce « *qui a lieu de nation à nation, entre plusieurs nations, qui concerne les rapports entre les nations* »⁴⁷. Le terme mondial n'est pas défini par Gérard Cornu dans son *Vocabulaire juridique*. L'Académie Française le définit comme ce « *qui intéresse, concerne le monde entier ; qui est répandu dans l'ensemble du monde* »⁴⁸.

23. Distinctions. Les termes « international » et « transnational » supposent donc le franchissement ou le rassemblement d'une action ou d'un objet concernant a minima deux États. À l'inverse, la notion de « mondial » implique le monde entier, l'ensemble des États. Une application littérale de ces définitions aux instances de représentation du personnel conduirait à ne caractériser comme mondiale une telle instance que si elle était implantée dans le monde entier, c'est-à-dire dans tous les États du monde. Et l'instance serait « internationale » ou « transnationale » dès lors qu'elle serait implantée dans deux États.

⁴⁴ G. CORNU, « transnational » in *Vocabulaire Juridique* : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 1028.

⁴⁵ G. CORNU, « international » in *Vocabulaire Juridique* : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 562.

⁴⁶ G. CORNU, « international » in *Vocabulaire Juridique* : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 562.

⁴⁷ Dictionnaire de l'Académie Française « international », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>

⁴⁸ Dictionnaire de l'Académie Française, « mondial », 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>

24. Aucune instance n'est implantée dans la totalité des États du monde et aucune n'a réellement vocation à l'être. Il faut dès lors tenter de définir l'instance « mondiale » par rapport à une instance « internationale » ou « transnationale ». Ce qui distingue fondamentalement les notions d'« international » et de « transnational » de la notion de « mondial » réside dans l'idée de globalité et de propagation à un territoire plus vaste. Une instance mondiale ne peut pas être une instance locale ou régionale, par essence même. Mais une instance internationale ou transnationale peut ne concerner qu'une parcelle du monde. Dès l'instant où une instance est implantée dans deux pays d'un même continent, elle est internationale ou transnationale puisqu'elle concerne deux États différents. Or, l'idée de localité est antinomique de celle de globalité.

25. **Notion de continent.** Pour tenter de faire émerger une définition d'une instance mondiale de représentation du personnel, on doit recourir à la notion de *continent*. Le continent est défini par l'Académie Française, dans son sens premier, comme une « vaste étendue de terres émergées, d'un seul tenant, entourée par les océans »⁴⁹. Ce qui caractérise la notion de continent c'est l'idée d'espace commun. Une instance locale ou une instance régionale possèdent un espace commun, partagent un même territoire géographique. La notion de continent est également caractérisée par l'idée de frontière. L'instance mondiale doit être celle qui dépasse les frontières d'un espace commun. Le Professeur Teyssié utilise d'ailleurs cette notion pour montrer que ce sont les groupes implantés sur ces continents qui peuvent être les créateurs de l'instance mondiale : « *Les groupes implantés sur plusieurs continents - ou sur le seul continent européen mais à la fois dans des États membres de l'Espace économique européen et dans des États qui lui sont demeurés étrangers - peuvent être tentés, spontanément ou à la demande d'organisations syndicales, notamment celles à caractère international, de bâtir une instance mondiale de représentation du personnel vecteur d'un dialogue social plus homogène* »⁵⁰. La notion de continent peut ainsi permettre de définir une instance mondiale de représentation du personnel.

⁴⁹ Dictionnaire de l'Académie Française, « continent », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>

⁵⁰ B. TEYSSIÉ, La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe : *Dr. soc.* 2005, p. 982. Le Professeur Teyssié fait également référence à cette notion de continent dans une autre contribution : « *Une leçon s'impose ; les entreprises et groupes à dimension internationale n'hésite pas à rechercher, avec des organisations syndicales, sectorielles ou intersectorielles, elles-mêmes de dimension internationale, présente sur plusieurs continents* (nous soulignons), *un accord qui, applicable par-delà les frontières bornant le territoire de chaque État, relève d'une rubrique nouvelle, mais en plein essor, celle des accords transnationaux* » : B.

26. L'instance mondiale, une instance intercontinentale. Une instance peut être caractérisée comme mondiale dès lors qu'elle est implantée sur au moins deux continents. L'instance mondiale est l'instance *intercontinentale*. Toute instance de représentation du personnel qui ne dépasserait pas le simple cadre continental ne pourrait pas se revendiquer comme une instance mondiale. Cette analyse conduit à exclure du champ du sujet les instances continentales et les instances européennes. Seule une instance européenne dépassant son périmètre naturel pourrait être définie comme une instance mondiale. La notion de continent apporte à la fois assez de souplesse pour conduire à ne pas exclure systématiquement de la qualification une instance qui ne serait pas implantée dans le monde entier, ou sur les cinq continents, mais elle permet aussi d'être assez rigide pour exclure de la qualification les instances strictement continentales.

27. Conclusion de section. L'instance mondiale de représentation du personnel est une instance intercontinentale représentant la collectivité des travailleurs au sein de l'entreprise ; elle est porteuse d'une certaine idée du droit social. Son édification et son épanouissement constituent un pari de l'autonomie.

Section 3 : Un pari de l'autonomie

28. Le mythe de l'autonomie⁵¹. Attachée aux individus, même regroupés dans une « communauté d'intérêts », l'autonomie permet de passer de l'état de nature à l'état civil (dans une conception rousseauiste) ou à l'état juridique (dans une conception kantienne) dans lequel l'individu n'est plus soumis à ses passions, mais à la raison. Un homme libre, écrivait Spinoza, est celui qui vit « *autant que possible, suivant les commandements de la raison* »⁵². L'affranchissement par la raison ; telle serait la nature de l'autonomie.

TEYSSIE, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz 2008, p. 821 s.*

⁵¹ C. KESSEDJIAN, Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États : *éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 12.*

⁵² B. SPINOZA, *Éthique : 1677, Livre IV, Chapitre XXV.*

29. La peur de l'autonomie. Même guidée par la raison, l'autonomie inquiète. L'habitude pousse à rejeter un système que l'on ignore⁵³. Fonder un système sur l'autonomie de ses créateurs apparaît comme un danger. Sous la bannière de la sécurité et de la prévisibilité juridique, rejeter un tel paradigme est une action juste. Pourtant, Kant rappelle magistralement que l'autonomie est le premier pas vers un système international équilibré⁵⁴. Quand un terrain d'action est trop vaste pour être contrôlé⁵⁵, lorsque l'entreprise rassemble de multiples acteurs, seule l'autonomie des créateurs d'un système permet de sauvegarder sa cohérence.

30. L'autonomie dans les instances de représentation du personnel. Perpétuelle interrogation que celle de l'autonomie des instances de représentation. La question frappe l'instance au temps de sa création⁵⁶ ; les partenaires sociaux (chef d'entreprise et syndicats) peuvent-ils (doivent-ils) « *fixer eux-mêmes par voie d'accord, l'architecture de la représentation du personnel dans l'entreprise ?* »⁵⁷. Elle frappe aussi l'instance au temps de son existence ; quelle autonomie pour l'instance de représentation du personnel dans l'exercice de ses prérogatives⁵⁸ ? La place du contrat fait face à la rigueur de la loi ; l'autonomie de la volonté s'incline parfois.

⁵³ Étienne de la Boétie démontre ainsi que l'habitude est notre première prison : « *Mais l'habitude, qui exerce en toutes choses un si grand pouvoir sur nous, a surtout celui de nous apprendre à servir et, comme on le raconte de Mithridate, qui finit par s'habituer au poison, celui de nous apprendre à avaler le venin de la servitude sans le trouver amer* » ; « *Ainsi la première raison de la servitude volontaire, c'est l'habitude* » (E. DE LA BOÉTIE, Discours de la Servitude volontaire).

⁵⁴ E. KANT, Essai philosophique sur la paix perpétuelle, préf. C. LEMONNIER : *Fischbacher, Paris, 1880*.

⁵⁵ L'autonomie d'une structure à l'échelle mondiale effraie, peut-être, les États. Ceux-ci pressentent, sans doute, l'édification d'une entité échappant à leur portée et à leur règne. Le problème siège sans doute là. L'acceptation de l'existence d'un paradigme dépassant les États est une étape douloureuse à admettre.

⁵⁶ V. en France le débat relatif à la réforme des institutions représentatives du personnel et les différentes positions doctrinales. V. not. B. TEYSSIÉ, Faut-il réformer les institutions représentatives du personnel ? Libres propos en guise d'introduction : *RDA 2013, p. 95 s.* ; A. MAZEAUD, Actualité d'une réforme... pour demain : *RDA 2013, p. 98 s.* ; F. FAVENNEC-HÉRY, Revoir un système à bout de souffle : *RDA 2013, p. 103 s.* ; P.-Y. VERKINDT, Réformer les instances de représentation du personnel : pourquoi ? pour qui ? pour quoi faire ? : *RDA 2013, p. 105 s.*

⁵⁷ B. TEYSSIÉ, Faut-il réformer les institutions représentatives du personnel ? Libres propos en guise d'introduction : *RDA 2013, p. 95 s.*

⁵⁸ V. par ex. la question du recours à un expert dans les instances de représentation du personnel en France. Concernant le CHSCT V. not. L. DAUXERRE, Les incertitudes sur la gravité d'un risque sont insuffisantes à justifier le recours à un expert : *JCP S 2013, 1448* ; J.-B. COTTIN, Appréciation de l'importance du projet de

31. L'autonomie issue de la volonté. Aucune norme n'impose l'édification d'instances mondiales de représentation du personnel ; aucune loi ne régit leur constitution. Les normes européennes n'imposent l'organisation d'une instance transnationale qu'au sein des frontières de l'E.E.E⁵⁹. La construction d'instances mondiales de représentation du personnel ne relève que de la *volonté* d'une entreprise. Le temps du débat relatif « à l'opportunité de créer de telles instances internationales » est dépassé⁶⁰. Les entreprises transnationales manifestent un désir de concrétisation.

32. Le pari de l'autonomie. Détachée de toute contrainte légale, l'instance mondiale de représentation du personnel est une ode à l'autonomie de ses créateurs. Elle cristallise également un pari ; celui que l'autonomie de la volonté suffise à l'épanouissement des instances mondiales de représentation du personnel. Le contrat acquiert, dans cet univers baigné par l'autonomie, la place d'un empereur. Seul instrument tangible concrétisant les volontés et les forces en présence, il est le *socle* de l'instance.

33. Une liberté totale est laissée aux concepteurs de l'instance mondiale de représentation du personnel, que ce soit dans son *organisation* ou dans ses *actions*. Le champ de ces dernières s'apparente à l'infini. Leur pertinence est toujours vérifiée ; qu'une instance existe, organisée sur des fondements stables, et leur action contribuera nécessairement à l'amélioration du dialogue social dans l'entreprise, à une meilleure compréhension par la collectivité des travailleurs des orientations stratégiques prises par l'instance transnationale.

34. Le peu d'instances mondiales déjà existantes, et leur très relatif succès, incite à pousser la réflexion sur les chemins de leur *organisation*⁶¹. Les acteurs de l'instance (**Titre 1**) en dessineront la première ébauche ; le régime de l'instance (**Titre 2**) l'assoira définitivement.

réorganisation autorisant le recours à un expert par le CHSCT : *JCP S 2010, 1142*. Pour une vision globale V. P.-Y. VERKINDT, Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité : *Dr. soc. 2007, p. 697 s.*

⁵⁹ Cf. *infra* n°228.

⁶⁰ J.-C. JAVILLIER, Les instances internationales de concertation *in* Les instances fédératives de représentation du personnel, t. 4, B. TEYSSIÉ (dir.) : *Litec, 1995, p. 159*.

⁶¹ Les chemins de leurs actions ne seront explorés qu'en guise de conclusion.

Titre 1 : Les acteurs de l'instance mondiale **de représentation du personnel**

35. La connaissance des acteurs de l'instance mondiale de représentation du personnel est fondamentale. De cette connaissance, et reconnaissance, l'instance tirera une légitimité particulière. La détermination de l'acteur employeur (**Chapitre 1**) est une étape essentielle avant celle des acteurs salariés (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'acteur employeur

36. L'acteur employeur d'une instance mondiale de représentation du personnel correspond à l'entreprise ; par essence, cette dernière doit être au moins transnationale puisque l'instance est mondiale. Il faut alors considérer doublement cet acteur employeur : à la fois comme périmètre de l'instance (**Section 1**) et comme acteur de l'instance (**Section 2**).

Section 1 : L'entreprise transnational : périmètre de l'instance

37. L'entreprise transnationale constitue le périmètre unique de l'instance mondiale de représentation du personnel. Il est, dès lors, nécessaire de définir l'entreprise transnationale (**Sous-section 1**) avant d'analyser les méthodes facilitant sa reconnaissance (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : La définition de l'entreprise transnationale

38. Le processus de définition de l'entreprise transnationale peut se décomposer en deux mouvements. Il faut s'appliquer à définir l'entreprise en elle-même (**§1**) avant de s'attacher à définir l'entreprise transnationale (**§2**).

§1 : La définition de l'entreprise

39. **Définitions de l'entreprise.** L'entreprise peut être définie en droit du travail comme la « réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune, cadre dans lequel le droit du travail contemporain a organisé la collectivité du personnel et aménagé ses rapports avec le chef d'entreprise »⁶². Pour d'autres, dans une vision plus commercialiste, l'entreprise peut être définie comme un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés, quelle que soit la forme juridique de ce regroupement, en vue de l'exercice d'une activité régulière participant à la production ou à la circulation des richesses, autrement dit une activité économique⁶³. Ces deux définitions mettent déjà en exergue la difficulté de faire émerger une définition unifiée de l'entreprise. Cependant, cet effort de précision constitue un point cardinal et nécessaire du raisonnement, l'entreprise apparaissant comme le support de tout le droit de l'activité économique⁶⁴.

40. **Controverses.** La notion d'entreprise suscite de vifs débats à la fois au sein de la sphère juridique mais également économique. Au sein de la sphère juridique, deux théories

⁶² G. CORNU, « entreprise », in *Vocabulaire Juridique* : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 404.

⁶³ M. COZIAN, A. VIANDER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés* : Lexis Nexis, 25^{ème} éd., 2012, p. 11, n°16.

⁶⁴ G. et A. LYON-CAEN, « La « doctrine » de l'entreprise » in *Dix ans de droit de l'entreprise* : Paris, Lib, tech. 1978, p. 599.

s'affrontent: la théorie individualiste et la théorie communautaire, ou institutionnelle. Selon la thèse individualiste, l'entreprise se résume d'abord à la propriété des détenteurs du capital. Ces derniers maîtrisent totalement le destin de l'entreprise, la forme qu'elle prend et les moyens de production qu'elle emploie. Les salariés ne sont envisagés que sous le prisme d'une juxtaposition de capital humain ; le droit de propriété des détenteurs du capital prime sur tout autre élément. À l'inverse, la théorie communautaire, développée notamment par le Professeur Durand⁶⁵, appréhende l'entreprise comme une institution avec un intérêt commun partagé à la fois par les détenteurs du capital et par les salariés.

Certains auteurs tentent de transcender ce clivage traditionnel en proposant une définition de synthèse s'adaptant à la réalité économique et juridique. Ainsi, le Professeur Supiot avance que « *l'entreprise désigne aujourd'hui un ensemble de constructions juridiques qui ont pour objet d'encadrer la liberté des entrepreneurs* »⁶⁶.

41. Le choix d'une thèse a nécessairement des conséquences importantes sur notre faculté d'appréhension de l'entreprise et particulièrement sur les méthodes de reconnaissance de celle-ci ainsi que sur son régime, ce dernier suivant la qualification. Avec la thèse individualiste, cette reconnaissance se situera d'abord au niveau des détenteurs du capital. Avec la thèse communautaire elle prendra sa source dans l'intérêt commun dégagé par une communauté de salariés.

Dans un monde globalisé connaissant des entreprises tentaculaires, un tel choix est important : il conditionne autant la nature de l'acteur employeur dans une instance mondiale de représentation du personnel que son périmètre. Dès lors, il convient d'approcher la notion d'entreprise de manière pragmatique. Il faut essayer de dépasser l'opposition dialectique des deux théories en tentant de définir l'entreprise, sans perdre de vue que la notion d'entreprise doit être ici conçue sous le prisme transnational.

42. Une définition souple. La notion d'entreprise doit être abordée d'une manière souple, particulièrement dans le cas d'une entreprise dépassant les frontières d'un État. Le Professeur Durand justifiait déjà sa définition de la notion d'entreprise par la volonté d'apporter une représentation nouvelle, adaptée à l'évolution survenue dans le milieu social⁶⁷. Il convient de

⁶⁵ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s.*

⁶⁶ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : *PUF, Quadrige, 2007, p. 180.*

procéder dans la même perspective et d'apporter une représentation de l'entreprise adaptée aux évolutions sociales et économiques d'un monde globalisé. Dès lors, l'entreprise doit être entendue comme l'espace de la relation de travail des Hommes contribuant économiquement à son activité. L'entreprise constitue l'espace de la relation de travail car l'entreprise est, par essence, le réceptacle du droit du travail. L'entreprise semble d'ailleurs avoir acquis la valeur de paradigme en droit du travail, c'est-à-dire celle d'une référence constante et nécessaire au juriste qui applique ou interprète ce droit.⁶⁸ La contribution économique des Hommes à l'entreprise est, elle, leur contrepartie dans la relation de travail. À travers cette définition, l'entreprise apparaît comme le lieu d'équilibre naturel de la relation de travail et du droit du travail.

43. Intérêts de la souplesse. Cette souplesse de la définition de l'entreprise est essentielle au sein d'une économie globalisée : les frontières des sociétés sont floues et la part contributive de chacun à la réalisation de l'entreprise varie de manière particulièrement rapide et intense. Retenir une définition trop rigide conduirait à exclure du cercle de l'entreprise des groupes d'hommes contribuant de manière indirecte ou temporaire, mais réelle et effective, à son activité. Le Professeur Teyssié n'hésite d'ailleurs pas à défendre une conception souple de l'entreprise, à la recherche de l'essentiel : une activité économique et une communauté d'hommes⁶⁹. La notion d'entreprise semble alors glisser doucement vers celle d'entité.

44. Entité. L'entité se définit, selon l'Académie Française, comme « *une réalité caractérisée par un ensemble homogène de traits permettant à l'esprit de se la représenter comme un être ayant son individualité* »⁷⁰. L'entité correspond donc à une notion plus diffuse, sans doute mieux adaptée à une entreprise ayant elle-même des frontières diffuses. Peut-être faut-il faire primer une notion d'entité cristallisant une certaine pluralité de situations, de « traits », pour mieux répondre à la réalité de l'entreprise globalisée. L'homogénéité de la notion d'entité se situe alors à un niveau supérieur, presque impalpable mais bien réel.

⁶⁷ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 47 s.*

⁶⁸ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : *PUF, Quadrige, 2007, p. 178.*

⁶⁹ B. TEYSSIÉ, L'entreprise et le droit du travail : *Arch. phil. droit 41, Sirey, 1997, p. 355-385.*

⁷⁰ Dictionnaire de l'Académie Française « entité », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

45. Le concept d'entité économique autonome est d'ailleurs déjà utilisé en droit français et européen pour palier l'absence d'entreprise au sens strict et permettre, notamment, l'application des dispositions relatives au maintien des contrats de travail dans les transferts réglementés. La directive du 12 mars 2001⁷¹ définit dans son article premier l'entité économique comme « *un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire* ». L'entité doit également répondre à une double exigence d'autonomie et d'indépendance d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En droit français, la jurisprudence a repris la définition européenne en énonçant que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre⁷².

46. **Une conception de l'entreprise.** On observe ainsi, que quelle que soit la source de la définition, et quelle que soit la définition, l'entité est toujours un « ensemble » de « traits » ou « de moyens ». La notion d'entité ne se substitue pas à la notion d'entreprise mais elle permet « d'éclairer » cette dernière d'une lumière particulière. La définition de l'entreprise correspond plus à une conception de l'entreprise. Une conception qui se doit d'être la plus souple possible, tendant vers la notion d'entité.

47. Cette souplesse se justifie notamment⁷³ par la nature de l'entreprise ici évoquée : une entreprise transnationale.

§2 : La définition de l'entreprise transnationale

48. **Entreprise multinationale ou transnationale ?.** Si pour certains le terme transnational est une invitation au voyage et un projet de recherche qui séduit immédiatement⁷³, pour d'autres ce terme soulève une vague perplexité, d'autant plus quand il est préféré à celui de multinational lorsqu'il s'agit de le lier à l'entreprise. La

⁷¹ Directive 2001/23/CE, 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : *J.O.U.E n°L 82, 22 mars 2001, p. 16-20.*

⁷² Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-40.849 ; *RJS 6/10, n°490, 2^{ème} esp.*

⁷³ A. MARTINON, Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational : *Dr. soc. 2010, p. 789.*

« multinationale » est ancrée dans la représentation collective comme cette société tentaculaire et un peu effrayante. Et, même pour certains juristes, la « multinationale » est cette entreprise qui opère dans plusieurs États ou se réfère à un « *groupe plus ou moins institutionnalisé de sociétés de nationalité différente opérant chacune dans son État national mais relevant ensemble d'une direction commune, plus ou moins effective et plus ou moins localisée dans un seul État* »⁷⁴.

49. Il faut cependant préférer au terme « multinationale » celui de « transnationale » quand il qualifie l'entreprise. Le Professeur Rigaux démontre très justement que « *la terminologie paraît aujourd'hui bien établie : on ne parle plus de sociétés (ou d'entreprises) multinationales, ce dernier qualificatif donnant faussement à entendre que la société ou l'entreprise aurait plusieurs nationalités. L'épithète transnational se réfère plus correctement à une forme d'autonomie que les entreprises ayant des établissements dispersés sur les territoires de plusieurs États ont su conquérir à l'égard de chacun de ceux-ci* »⁷⁵. C'est cette capacité de franchissement inhérente à la notion de transnational qui justifie son utilisation. Elle démontre l'autonomie de l'entreprise en question.

50. Entreprise transnationale ou mondiale ?. Pourquoi devrait-on préférer la sémantique « transnationale » à celle de « mondiale » ? Peut-être est-ce à défaut d'études menées sur les instances *mondiales* de représentation du personnel, mais aucun auteur, ni aucune législation ou institution, ne se réfère à l'entreprise « mondiale ». Il deviendrait alors pour le moins compliqué de se plonger dans l'étude de certains documents se référant à l'entreprise « transnationale » et de les citer, tout en choisissant une terminologie différente, bien que plus appropriée. Il faudra donc conserver la sémantique entreprise « transnationale » mais en retenant ici que toutes les entreprises transnationales, acteurs de l'instance mondiale de représentation du personnel, sont des entreprises transnationales opérant sur deux continents différents, a minima.

51. Définition juridique de l'entreprise transnationale. On a vu précédemment que l'entreprise devait s'entendre comme l'espace de la relation de travail des Hommes

⁷⁴ G. CORNU « transnational », in *Vocabulaire Juridique* : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 1028.

⁷⁵ F. RIGAUX, Cours général de droit international public : *Recueil, Cours La Haye*, vol. 213. *Chapitre IX, Les groupes transnationaux de sociétés*, p. 335.

contribuant économiquement à son activité. La souplesse de cette définition se retrouve dans les définitions proposées pour l'entreprise transnationale.

52. Une des définitions avancées émane du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales⁷⁶. Cette commission avait pour principale mission l'élaboration d'un code de conduite des sociétés transnationales⁷⁷. Le contexte géopolitique tendu des années Reagan n'a pas facilité la concrétisation de cet ambitieux projet. Un des nombreux points d'achoppement lors des débats fut la définition de l'entreprise transnationale. La Commission a finalement réussi à se fédérer autour d'une position commune⁷⁸ : les entreprises transnationales se définissent comme « *toutes les entreprises qui opèrent à travers les frontières nationales, quelle que soit leur branche d'activité, sans égard à la question de savoir s'il s'agit*

⁷⁶ Le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales a été créé en 1975 et a prospéré jusqu'en 1992. Il a alors été remplacé brièvement par la Division des Sociétés Transnationales et du Management du département des affaires économiques et sociales des Nations-Unies (Transnational Corporation and Management Division of the United Nations Department of Economics and Social Development) entre 1992 et 1993. À cette date, le programme relatif aux sociétés transnationales a été transféré à la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED, UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development -).

⁷⁷ L'élaboration du code de conduite des sociétés transnationales était donc l'une des tâches principales de la Commission sur les sociétés transnationales. La préparation du projet a été d'abord confiée à un groupe de travail inter-gouvernemental. Ce dernier soumit son rapport à la Commission durant sa huitième session en 1982 (United Nations document E/C.10/1982/6) La phase suivante des négociations fut confiée à une session spéciale de la Commission sur les sociétés transnationales. Les délibérations ont commencé en 1983 et étaient ouvertes à la participation des États. Une session spéciale fut convoquée de nombreuses fois entre 1983 et 1990. En 1988, le président de la session spéciale et le Secrétaire Général des Nations-Unies préparèrent une proposition de texte de projet du code (E/1988/39/Add.1) s'inspirant des discussions et des propositions présentées au fil des ans. Afin de faciliter le compromis tout en préservant les articles recueillant déjà un consensus, le président, durant la réunion du 24 mai 1990, transmit au Conseil Economique et social une proposition de texte révisée du projet de code de conduite basée sur la version de 1988. Le projet de Code n'acquiesça jamais force normative. Il ne fut jamais adopté définitivement par l'O.N.U.

⁷⁸ « *The term "transnational corporations" as used in this Code means an enterprise, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operates under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them may be able to exercise a significant influence over the activities of others, and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others* » Draft united nations code of conduct on transnational corporations (E/1988/39/Add.1).

d'entreprises privées, étatiques ou d'économie mixte »⁷⁹. La définition proposée dans le projet de code « *se réfère à la fois à la multilocalisation des activités de la société transnationale et à l'existence d'un système unique de prise de décisions permettant des politiques cohérentes et une stratégie commune arrêtées par un ou plusieurs centres de décisions, système dans lequel les entités sont liées les unes aux autres, en raison d'un rapport de propriété ou d'une autre manière, de telle sorte qu'une ou plusieurs d'entre elles soient en mesure d'exercer une influence significative sur les activités des autres entités* »⁸⁰. Cette définition s'attache donc à déceler des rapports de domination entre les différentes structures composant l'entreprise transnationale. Le droit cherche, à travers la définition de l'entreprise transnationale, la source du pouvoir de décisions dans une structure complexe. Il cherche à identifier les responsables afin d'établir les responsabilités le temps venu. En un mot, le droit recherche l'entrepreneur.

53. Définition économique de l'entreprise transnationale. L'économie semble aussi s'intéresser à la recherche de la source des pouvoirs dans sa définition de l'entreprise transnationale ; mais elle s'évertue également à décrire les phénomènes attachés à l'entreprise transnationale. Ainsi, Robert Reich écrit « *qu'aucun groupe ou participant unique ne contrôle cette entreprise comme c'était le cas pour l'entreprise de production de masse. Personne non plus n'en est propriétaire au sens traditionnel du terme. Les dirigeants coordonnent et mettent en relation ; les investisseurs apportent une partie de l'argent nécessaire pour financer les activités ; ils seront rémunérés comme beaucoup de participants par une part des profits. Les résolveurs et identificateurs de problèmes les plus compétents et les plus talentueux sur qui tout ou presque repose, recevront aussi probablement une part des profits. Ils resteront très discrets sur ce qu'ils font, et leur manière de procéder. Quant aux fonctions routinières, elles seront de plus en plus transférées hors de l'entreprise. Ainsi le pouvoir devient diffus. L'organigramme formel ne renseigne guère sur les vraies sources du pouvoir dans l'entreprise de production personnalisée. Le pouvoir ne dépend pas d'un rang ou d'une autorité formelle mais de la capacité à augmenter la valeur des réseaux de l'entreprise* »⁸¹.

⁷⁹Traduction du Professeur RIGAUX de la première partie de la définition proposée dans le paragraphe 1 a) du projet de code de conduite des sociétés transnationales dans Cours général de droit international public : *Recueil, Cours La Haye, vol. 213. Chapitre IX, Les groupes transnationaux de sociétés, p. 335.*

⁸⁰ Traduction de synthèse du Professeur RIGAUX de la deuxième partie de la définition proposée dans le paragraphe 1 a) du projet de code de conduite des sociétés transnationales dans Cours général de droit international public : *Recueil, Cours La Haye, vol. 213. Chapitre IX, Les groupes transnationaux de sociétés, p. 335.*

⁸¹ R. REICH, *L'économie mondialisée : Dunod, 1993.*

La reconnaissance de l'entrepreneur au sein même de la définition de l'entreprise transnationale apparaît comme un processus stérile pour l'économiste puisque vouée à l'échec.

54. Définition de l'entreprise transnationale. La définition de l'entreprise pourrait suffire à la définition de l'entreprise transnationale. La formule reste toujours vraie : l'entreprise transnationale est l'espace de la relation de travail des Hommes qui contribuent économiquement à son activité. La recherche de l'entrepreneur au sein même de la définition de l'entreprise transnationale semble complexe. Il faut donc réserver à d'autres mécanismes cette reconnaissance.

La différence majeure entre l'entreprise et l'entreprise transnationale réside dans les caractéristiques particulières de cette dernière : elle est intercontinentale, dans notre cas, particulièrement autonome et possède un ou des centres de décision identifiables. Son rayon d'action irradie plus fortement que celui de l'entreprise. Toutefois, on peut considérer que le troisième critère découle des deux autres. L'intercontinentalité et l'autonomie de l'entreprise transnationale conduisent à localiser un ou plusieurs centres de décision. Une définition de synthèse de l'entreprise transnationale pourrait alors émerger. L'entreprise transnationale serait l'espace autonome et intercontinental de la relation de travail des Hommes qui contribuent économiquement à son activité.

55. L'entreprise transnationale comme paradigme. De manière encore plus marquante que pour l'entreprise, l'entreprise transnationale apparaît comme un paradigme, c'est-à-dire une référence constante et nécessaire au juriste qui applique ou interprète le droit du travail⁸². Ce paradigme est d'abord d'ordre économique. Il fait intervenir tous les acteurs de l'entreprise : actionnaires et investisseurs, dirigeants et cadres dirigeants, ingénieurs et ouvriers, filiales et sous-traitants. Mais ce paradigme est aussi juridique : il est au croisement des droits du travail, du droit des sociétés, du droit international privé et du droit public.

56. L'entreprise transnationale présente l'intérêt d'offrir une approche de l'entreprise « dans son ensemble et comme un ensemble »⁸³. Le concept d'entreprise transnationale permet

⁸² A. SUPIOT, Critique du droit du travail : PUF, *Quadrige*, 2007, p. 178.

⁸³ J.-P. LABORDE, Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque, *Mélanges offerts à J. Derrupé* : éd. Joly-Litec, 1991, p. 49 cité in I. DAUGAREILH, La négociation collective internationale : *Travail et Emploi n°104*, Octobre-Décembre 2005.

de prendre acte « *d'une dialectique de l'unité et des disparités* »⁸⁴. La notion réconcilie des structures juridiques qui, prises distinctement, ne forment qu'un ensemble hétéroclite. Mais une fois ces structures considérées sous le prisme de l'entreprise transnationale, l'ensemble retrouve une cohérence et forme ce paradigme.

57. Définie, l'entreprise transnationale réceptacle naturel du droit du travail doit être reconnue. La détermination de son périmètre est à ce prix.

Sous-section 2 : La reconnaissance de l'entreprise transnationale

58. **Intérêts de la reconnaissance.** La reconnaissance de l'entreprise transnationale permet de défaire le « *lacis d'opérations juridiques et économiques agencés par et pour les détenteurs du capital* »⁸⁵. Cette opération de déconstruction puis de reconnaissance contribue à l'émergence d'un périmètre et d'une légitimité pour l'instance mondiale de représentation du personnel. Reconnaître l'entreprise transnationale c'est connaître ses frontières et appréhender le champ d'action de l'instance mondiale qui lui serait liée. C'est une nécessité pour l'organiser. Reconnaître l'entreprise transnationale c'est aussi conférer une légitimité à l'instance mondiale de représentation du personnel qui lui est attachée ; de la transparence des frontières de l'entreprise transnationale dépend, en partie, sa légitimité.

59. **Difficultés de la reconnaissance.** La complexité de la reconnaissance de cette entreprise réside dans la nature de ses propriétaires, les *détenteurs du capital*. Les personnes les plus aptes à reconnaître une telle structure se trouvent être les *détenteurs du pouvoir de décision*. Ces derniers ne se confondent pas avec les propriétaires de la structure. « *Les actionnaires ne sont pas les maîtres de la société (...), ils ne tiennent pas à l'être* »⁸⁶. Peu intéressés par la marche générale de l'entreprise, n'entretenant que de rares rapports entre eux, chaque détenteur du capital est comme « cloisonné » dans son titre⁸⁷.

⁸⁴ C. GUELFU, Multinazionali e cooperazione internazionale ; la necessità di una regolamentazione, *Hommage à Lelio Basso Angeli, Milano, p. 954* cité in : F. RIGAUX, Pour un nouvel ordre mondial, Droit économique Institut des hautes études internationales de Paris : éd. Pedone, 1979/80, Paris.

⁸⁵ A. SUPIOT, Groupes de sociétés et paradigmes de l'entreprise : *RTD Com. 1985, p. 621*.

⁸⁶ G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne : *L.G.D.J., 1951, 2ème éd., spéc. p.107 et s., n°45*.

⁸⁷ C. HANNOUN, L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail : *RDT 2008, p. 288*.

60. Leur intérêt à reconnaître l'entreprise transnationale dans sa plénitude est équivoque. Le fractionnement des activités et des responsabilités à travers l'écran d'une multitude de sociétés constitue souvent leur intention. Paradoxalement, ces acteurs les plus avertis ont peu d'intérêt à reconnaître l'entreprise transnationale. La reconnaissance d'une telle entité contribuerait, pour eux, à la déconstruction d'un morcellement savamment orchestré.

61. Dualité. La reconnaissance de l'entreprise transnationale s'opère par l'identification de ses deux visages : le *groupe* et le *réseau*. Ces derniers répondent à la définition de l'entreprise interprétée à la lumière de l'entité : ce sont des *ensembles*⁸⁸. Au-delà de ces deux variantes de l'entreprise transnationale, aucune figure reconnue n'émerge avec clarté⁸⁹.

62. Dégager des traits communs aux groupes et réseaux. Construire des définitions juridiques fédératrices de ces notions. Le travail de reconnaissance de l'entreprise transnationale passe par là : elle s'identifie par le groupe (§1) mais aussi par le réseau (§2).

§1 : Une identification par le groupe

63. Identifier c'est constater l'identité⁹⁰ ; identifier c'est reconnaître un visage. Le groupe est parfois comparé à une pieuvre ou à l'Arlésienne⁹¹. Il renvoie surtout à une créature

⁸⁸ L'Académie Française définit le groupe, dans son sens premier comme un « *ensemble* (nous soulignons) *distinct d'êtres ou de choses analogues, réunis ou rapprochés, que l'œil embrasse en une fois* » (Dictionnaire de l'Académie Française, « groupe », 9^{ème} éd., <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>). Le réseau est lui défini, en termes de Géodésie, d'Anatomie, de Ponts et Chaussées et de Guerre comme un ensemble (Dictionnaire de l'Académie Française, « réseau », 8^{ème} éd., <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>). Les deux définitions répondent ainsi à la notion d'entreprise interprétée à la lumière d'entité (sur ce point cf. *supra* n°44 s.).

⁸⁹ La franchise aurait pu également se présenter comme un possible visage de l'entreprise transnationale. Le mécanisme repose sur un contrat de franchise. Celui-ci peut se définir comme « *un contrat en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisé s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur (avec en général de sa part pour cet approvisionnement un engagement d'exclusivité)* » (G. CORNU, « Franchisage », in *Vocabulaire juridique* : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 476). En réalité, la franchise n'est qu'une variation du réseau. L'expression « réseau de franchise » est, à cet égard, particulièrement révélatrice (V. par exemple Cass. soc. 15 janv. 2014, n°12-22.944, pour une utilisation récente de la notion en jurisprudence française).

⁹⁰ Dictionnaire de l'Académie Française, « identifier », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

possédant une multitude de bras et de têtes : les *Hécatonchires*⁹². Pourtant, au-delà de la multitude, le groupe est un visage reconnu (I) et identifié (II).

I. Un visage reconnu

64. Le groupe : un visage commun. Le groupe incarne le visage le plus familier de l'entreprise transnationale. Il est sa conception « légitime ». Le professeur Rigaux estime que le terme « groupe transnational de sociétés » devrait être systématiquement substitué à l'expression « entreprise transnationale »⁹³. Cette volonté méthodique puise ses origines dans la pluralité de personnes morales composant l'entreprise ; son caractère transnational implique l'existence de sociétés implantées sur différents territoires. Chaque société étant dotée de la personnalité juridique, l'entreprise transnationale formera toujours un agrégat de personnes justifiant la qualification de groupe.

65. Le groupe : un visage sophistiqué. Le groupe personnifie, aussi, la forme la plus avancée d'organisation de l'entreprise à l'échelle transnationale⁹⁴. L'organisation d'une structure, au-delà des frontières étatiques, présente des obstacles techniques naturels. Entrepreneurs et salariés n'ont pas réussi à imaginer un modèle plus élaboré que celui du

⁹¹ La référence au groupe *tentaculaire, pieuvre* ou à l'*Arlésienne* a infiltré toutes les branches du droit ; elle est désormais d'utilisation fréquente en doctrine (V. R. VATINET, *La pieuvre et l'Arlésienne : Dr. soc. 2010, p. 801* ; C. CHAMPAUD et D. DANET, *Compte courant d'associé. Difficulté de trésorerie. Remboursement immédiat (oui) : RTD Com. 2010 p. 359* ; R. DUPIRÉ, *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : JCP S 2013, 1236*). On la retrouve aussi dans un pourvoi en cassation (Cass. crim. 25 janv. 2006, n°05-83.559).

⁹² Les *Hécatonchires* sont des géants doués de cent bras et de cinquante têtes. Ils sont au nombre de trois : Cottos, Briarée (ou Aegaeon) et Gygès, ou Gyès. Fils d'Ourans et de Gaia, ils appartiennent à la même génération que les Cyclopes, etc. Comme ceux-ci, ils sont les auxiliaires des Olympiens et de Zeus dans la lutte contre les Titans. Les interprétations évhéméristes font des Hécatonchires non des géants, mais des hommes, habitant la ville d'Hécatonchiria, en Macédoine. Ils auraient aidé les habitants de la ville d'Olympie (les « Olympiens ») à lutter contre les Titans et à les chasser de la région (P. GRIMAL, *Dictionnaire de la Mythologie grecque et romaine*, définition « Hécatonchires » : PUF, 2002, 15^{ème} éd., p. 176).

⁹³ F. RIGAUX, *Cours général de droit international public : Recueil, Cours La Haye, vol. 213. Chapitre IX, Les groupes transnationaux de sociétés*, p. 337.

⁹⁴ V. D. CHATARD, *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés – Essai en droit du travail*, préf. B. TEYSSIE : Lexis Nexis 2013, éd. Planète Social, p. 2, n°4 s.

groupe. Les liens unissant ses différentes *entités* apparaissent, dans cette technique d'organisation de l'entreprise transnationale, comme les plus stables qu'une économie globalisée puisse offrir.

66. Le groupe est reconnu : il est admis comme forme légitime de l'entreprise transnationale. Il faut maintenant identifier son visage et ses traits caractéristiques.

II. Un visage identifié

67. **Aux origines du groupe.** La nature *mondiale* de l'instance de représentation du personnel empêche le recours à une législation *nationale* pour définir le groupe⁹⁵. Si celui-ci constitue une technique juridique d'organisation de l'entreprise, revenir à ses « origines » permet d'appréhender plus distinctement la notion. Le groupe est un *ensemble*. C'est la réunion de plusieurs figures ; une composition d'êtres ou de choses ayant des caractères communs⁹⁶. Le groupe se singularise par la volonté de ses membres de se réunir. Il renvoie d'abord à l'idée de rassemblement de membres partageant des attributs communs. Avant de se plonger dans une étude « géométrique », le juriste doit se rappeler la nature propre du groupe. Il est une volonté de communauté.

68. **Des définitions variables.** La variabilité des définitions du groupe tient autant à leur inhérente instabilité qu'à la volonté cachée derrière leur reconnaissance. Renversant la méthode logique qui implique l'application de normes *par* la qualification, certains sont tentés

⁹⁵ À titre d'exemple, en droit français, la notion ne fait pas l'objet d'une définition uniforme. Le droit du travail français connaît deux grandes notions du groupe : le groupe défini comme périmètre d'une instance de représentation du personnel éponyme (art. L. 2331-1 s. C. trav.) et le groupe pris comme niveau de négociation à part entière (art. L. 2232-30 s. C. trav.). En la matière le Professeur Teyssié parle « *d'une forme d'impressionnisme législatif qui risque d'être longtemps facteur d'insécurité* » (B. TEYSSIÉ, Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe : *Dr. soc.* 2005, p. 643). On le voit, même sur le territoire national, le groupe ne se trouve pas de définition uniforme.

⁹⁶ A. REY, M. TOMI, T. HORDÉ, C. TANET, « groupe » in Dictionnaire Historique de la langue française : 2010, 4^{ème} éd. Dictionnaires LE ROBERT.

de reconnaître un groupe *pour* lui appliquer des règles particulières⁹⁷. Des auteurs s'efforcent de le définir. Pour l'un il est composé d'un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique⁹⁸. Pour l'autre, « *le groupe est en matière de droit du travail une notion fonctionnelle rebelle à une définition unique* »⁹⁹ : toute tentative de définition serait vaine. Certains tentent, malgré tout, de participer à l'émergence de critères de reconnaissance du groupe. Cohabitent ainsi critère objectif et critère subjectif¹⁰⁰.

69. Un critère objectif : des liens capitalistiques. Le groupe est, *a minima*, constitué de deux entreprises. Celles-ci ont nécessairement des liens volontaires¹⁰¹. Le critère *objectif* de reconnaissance du groupe consiste à souligner les liens *capitalistiques* existant entre ces entités. Chaque droit définira selon ses exigences le degré, la nature et la marge des liens capitalistiques devant exister entre deux sociétés pour qu'elles puissent former un groupe. Ainsi le droit français¹⁰² ou le droit de l'Union européenne¹⁰³. À l'échelle *mondiale*, ces

⁹⁷ D. CHATARD, Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés – Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE : *Lexis Nexis 2013, éd. Planète Social, p. 5, n°11*.

⁹⁸ Y. GUYON, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial et sociétés : *Economica, 1998, 10^{ème} éd, n°580*.

⁹⁹ B. BOUBLI : *J-CI Travail traité, 15-94*, cité par C.-H. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL in La notion de groupe à l'épreuve du droit social : *JCP E 2005, 1393*.

¹⁰⁰ V. D. CHATARD, Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés – Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE : *Lexis Nexis 2013, éd. Planète Social, p. 11, n°33 s*. L'auteur distingue un « *élément objectif tenant à des liens financiers ou contractuels* » et « *un élément subjectif lié à l'existence d'une volonté supérieure à celle des sociétés membres du groupe, assurant l'unité de direction, fixant la politique menée* ». Ces deux éléments distinctifs seront ici repris comme critères.

¹⁰¹ On retrouve ici l'idée de volonté de communauté qui caractérise le groupe. Cette volonté peut s'exprimer par la domination d'une entreprise sur l'autre. Cette volonté n'étant pas incompatible d'une volonté de communauté ; l'entreprise dominante voudra associer dans une structure l'entreprise dominée.

¹⁰² Pour le comité de groupe, par exemple, le Code du travail français opère par renvoi au Code de commerce (pour la rubrique entreprises contrôlées notamment) aux articles C. com., art. L. 233-1 s. Pour les entreprises sous influence V. C. trav., art. L. 2331-1, II. Pour une étude détaillée du comité de groupe V. E. JEANSEN : *J-CI Travail Traité, Fasc. 15-80 : Le comité de groupe*.

¹⁰³ La directive européenne sur le Comité d'entreprise européen (Directive 2009/38/CE, 6 mai 2009, 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 (refonte) (Texte présentant de l'intérêt pour l'E.E.E.) : *J.O.U.E. n°L 122, 16 mai 2009, p. 28-44.*, art. 1^{er} s.) précise ainsi que constitue un groupe d'entreprises au sens de la directive du 6 mai 2009 le groupe formé d'une entreprise qui exerce le contrôle et des entreprises contrôlées. Selon le Professeur Teyssié, « *le législateur*

critères particuliers à un secteur géographique deviennent inefficaces¹⁰⁴. Le critère objectif se réduit à la conception d'un rapport de domination et de contrôle entre différentes structures. Ce rapport n'émane pas nécessairement d'une seule structure. Le professeur Rigaux note à ce titre que « *la société dominante n'est pas nécessairement une entité juridique unique, la planification globale au sein du groupe opère grâce à un réseau de sociétés relayant le pouvoir qu'il faut tenir pour un véritable pouvoir économique privé* »¹⁰⁵.

70. Les techniques de droit des sociétés ont rendu quasi-impossible l'élaboration à l'échelle transnationale d'une grille de lecture cohérente et unifiée des rapports de domination et de contrôle capitalistique. Paradoxalement, le critère objectif, attendu comme un critère « palpable », se révèle fuyant. Nécessaire, il requiert d'être complété par son pendant, le critère subjectif.

71. Un critère subjectif : l'*animus*. Les liens capitalistiques s'affichent glissants à l'échelle mondiale : le critère « subjectif » doit soutenir l'objectif. Aux origines du groupe, l'appartenance à celui-ci relève d'une volonté de communauté¹⁰⁶. Le groupe transnational n'échappe pas à cette intention. Le critère subjectif étant, par essence, difficilement perceptible sa définition s'avère délicate. Pour les auteurs reconnaissant l'existence de celui-ci, sa définition est un exercice d'introspection des membres composant la structure¹⁰⁷. Pérennité et constance manquent à sa construction.

européen s'est attaché à fixer les traits » de la notion de groupe de dimension communautaire (B. TEYSSIE, Droit et pratique du Comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012, p. 22, n°39 s.). Pour plus de précisions sur le régime du Comité d'entreprise européen, cf. *infra* n°206 s.

¹⁰⁴ À moins de considérer que la loi du pays de la société dominante ne définisse, pour le monde, le seuil pour lequel les normes déclenchent l'intégration ou l'exclusion d'une société du groupe. Cette solution ne nous semble pas pertinente. Elle aurait pour effet d'imposer un modèle figé à des ordres juridiques multiples pouvant à avoir du mal à coexister. En matière de d'instance mondiale de représentant, les critères doivent être *pragmatiques et souples*.

¹⁰⁵ F. RIGAU, Cours général de droit international public : *Recueil, Cours La Haye*, vol. 213. *Chapitre IX, Les groupes transnationaux de sociétés*, p. 340.

¹⁰⁶ Cf. *supra*. n°67.

¹⁰⁷ Ainsi, un auteur reconnaît « *un élément subjectif, lié à l'existence d'une volonté supérieure à celle des sociétés membres du groupe, assurant l'unité de direction, fixant la politique menée* » (V. D. CHATARD, Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés – Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE : *Lexis Nexis* 2013, éd. *Planète Social*, p. 11, n°33 s.). À l'appui de son raisonnement, celui-ci recourt à la notion « d'esprit de groupe » (C. HANNOUN, L'impact de la financiarisation de l'économie

72. Le recours aux concepts de droit civil, et plus particulièrement de droit des biens, peut permettre de remédier à la situation¹⁰⁸. La notion d'*animus* contribuerait ainsi à l'émergence d'un critère subjectif constant. Celle-ci appartient aux éléments déterminant la possession¹⁰⁹. Ces derniers s'élèvent au nombre de deux : le *corpus* et l'*animus*. Le *corpus* est « l'élément fondamental de la possession ». Il « est constitué par des actes d'exercice d'un droit »¹¹⁰. Le parallèle avec les liens capitalistiques, quoi que périlleux, est tentant¹¹¹. L'*animus* « exprime la dimension psychologique de la possession : il traduit la nature du droit que le possesseur entend exercer »¹¹². Le parallèle avec l'élément subjectif est convaincant.

73. Cette volonté de possession est transposable au groupe. L'entité dominante à travers le contrôle exercé sur l'entité dominée entend être en « possession » de cette dernière. Inversement, l'entité dominée doit, d'une certaine manière, accepter cette volonté de « possession ». À travers cet échange de volonté, l'*animus* caractérise la nature propre du groupe. Il est une volonté de communauté. Au-delà du principe civil, l'*animus* est « le principe distinct du corps, qui préside à l'activité d'un être (...) »¹¹³. Le groupe se compose

sur le droit du travail : *RDT 2008*, p. 288) mais également à la volonté à « une volonté individuelle transcendée » (P. de FONTBRESSIN, *La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes : RJ com. 1988*, p. 285).

¹⁰⁸ Le recours à un principe de droit *national* pour ériger des critères à l'échelle *mondial* relève d'un exercice d'équilibriste. Seule la vocation universelle du droit civil autorise le procédé. Le doyen Carbonnier énonce ainsi que « le droit civil a dans sa vocation traditionnelle d'offrir des modèles aux autres disciplines juridiques. Non pas nécessairement qu'il ait le domaine d'application le plus considérable, s'il l'avait il y a un siècle, il ne l'a sans doute plus aujourd'hui (...). Mais ce qui reste vrai, c'est qu'il présente le plus haut degré d'achèvement et, si l'on veut, de perfection » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction : PUF, Quadrige, 2004*, p. 3, n°1). L'utilisation de la notion d'*animus* doit être considérée sous l'angle d'un grand principe de droit civil appliqué à une situation mondiale.

¹⁰⁹ Pour une étude succincte de la possession V. W. DROSS, *Droit des biens : Montchrestien, Lextenso éd., 2012*, p. 197, n°233 s. ; pour une étude détaillée, V. W. DROSS, *Droit civil, Les choses : L.G.D.J., Lextenso éd., 2012*, p. 437, n°231 s.

¹¹⁰ W. DROSS, *Droit des biens : Montchrestien, Lextenso éd., 2012*, p. 199, n°236.

¹¹¹ Parallèle tentant si l'on considère que les notions de groupe et de possession sont décomposées en deux caractères distincts. Parallèle périlleux entre le *corpus*, l'exercice d'un droit, et les liens capitalistiques, *expression* d'un droit : le premier est actif, le second est présent. Parallèle efficace si l'on considère que les liens capitalistiques consacrent l'exercice d'un droit dès l'instant où ils existent.

¹¹² V. W. DROSS, *Droit civil, Les choses : L.G.D.J., Lextenso éd., 2012*, p. 454, n°244 s.

¹¹³ Dictionnaire latin-français, « animus » in Dictionnaire Gaffiot, *Hachette, 1934*.

d'entités se reconnaissant entre elles, animées d'une intention. Sa présence est indispensable¹¹⁴ : l'*animus* préside à l'unité du groupe¹¹⁵, il transcende les contraintes contractuelles¹¹⁶.

74. Dans une approche objective de l'*animus*, l'intention de l'être s'efface. « *Ce qui compte, ce n'est pas que le possesseur entende exercer un droit mais que l'opinion publique, organe de la conscience collective, considère qu'il exerce un droit sur la chose* »¹¹⁷. Seule l'image imprimée à la collectivité importe. Cette conception n'est pas transposable au groupe ; elle reviendrait à considérer comme insignifiants les liens capitalistiques.

75. Une définition du groupe. Le groupe n'est qu'une déclinaison de l'entreprise, un de ses visages. Il n'en constitue qu'une variation. Le groupe est l'espace de la relation de travail des Hommes qui contribuent économiquement à son activité dans diverses entités liées, entre elles, par des liens capitalistiques et un *animus*. Les deux critères du groupe cohabitent : celui-ci est formé.

¹¹⁴ La possession, comme le groupe, deviennent soumis à la présence de l'*animus*. L'élément *matériel* recule au profit de l'élément *psychologique*. Le Professeur Dross note que « *l'on doit à Savigny d'avoir exacerbé le rôle de la volonté du sujet en faisant du droit subjectif lui-même un pouvoir de volonté. La possession ne sort pas indemne de cette conception ; elle s'éloigne du fait matériel pour n'exister qu'appuyée sur une volonté* » (W. DROSS, Droit civil, Les choses : *L.G.D.J., Lextenso éd., 2012, p. 454, n°244-1.*).

¹¹⁵ Le juriste peut regretter l'incertitude inhérente à un tel critère. La matière serait, avec l'*animus*, une *casuistique*. Si l'argument peut être accueilli, l'on conviendra que tout élément subjectif mène à une *casuistique*. De surcroît, l'*animus* peut trouver des traductions concrètes. L'utilisation d'une marque, le renvoi à une société dominante, les déclarations de principe de certaines entités constituent autant d'éléments de la volonté d'appartenance au groupe, de la volonté d'être « possédé ». Le critère subjectif de l'*animus* contribue alors à une certaine sécurité juridique.

¹¹⁶ L'expression est du doyen Boubli à propos du sentiment d'appartenance au groupe : « *L'appartenance au groupe, comme à l'entreprise du reste, transcende les contraintes contractuelles : le contrat de travail doit se concilier avec les droits et devoirs citoyens du salarié* » (B. BOUBLI, Sur la notion de groupe et les droits dans le groupe : libres propos : *JCP S 2013, 1077*).

¹¹⁷ R. SALEILLES, La théorie possessoire du Code civil allemand : *Rev. Crit. Leg. Juris. 1903. P. 592 sq., spéc. P. 597 et 602 et 1904 p. 33 sq., spéc. p. 49* cité par W. DROSS in Droit civil, Les choses, *L.G.D.J., Lextenso éd., 2012, p. 455, n°244-1 s.*

76. Transition. Le groupe est identifié ; ses deux critères sont précisés. Au premier visage de l'entreprise transnationale succède le second : le réseau.

§2 : Une identification par le réseau

77. Technique juridique d'organisation de l'entreprise, le réseau est un parent du groupe. Par certains aspects, leur ressemblance est frappante. Par d'autres, leur différence est marquée et leur parenté s'estompe.

78. Une forme en développement. La crise du modèle de l'entreprise se caractérise par le recours à des formes hybrides d'organisation. « *Ces nouvelles formes juridiques empruntées par le capital sapent les éléments constitutifs du paradigme de l'entreprise : la notion d'employeur éclate, celle de collectivité du travail également* »¹¹⁸. Le réseau s'inscrit dans ce mouvement global, au même titre que le groupe. Ils sont ici parents.

79. Une réponse à l'économie mondialisée. Ce mouvement d'ensemble puise sa dynamique dans le développement frénétique du marché. Au cœur d'une concurrence exacerbée, l'entreprise doit se réinventer. « *La tentation est grande alors d'avoir recours à la théorie des réseaux* »¹¹⁹. Les entreprises se tournent vers le marché et les partenaires qu'il peut offrir. Les coûts de transaction internes sont chassés¹²⁰. La flexibilité des relations contractuelles est élevée au rang de nécessité. L'économiste acquiesce au procédé. « *Tout ce*

¹¹⁸ A. SUPIOT, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise : *RTD com.* 1985, p. 627. L'auteur se concentre principalement sur les groupes de sociétés comme illustration de l'éclatement du paradigme de l'entreprise. Le propos semble transposable aux réseaux d'entreprise. Leur développement accéléré à la fin des années 1980 expliquent qu'elles ne soient pas abordées par l'auteur. Le Professeur Supiot fait toutefois référence à « *d'autres mécanismes juridiques que les groupes (comme type de dissociation de l'entreprise), tels les contrats organisation une mise à disposition de salariés ou – plus généralement – les formes de travail « atypiques ».*

¹¹⁹ C. HANNOUN, L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail : *RDT* 2008, p. 288.

¹²⁰ Les coûts de transaction peuvent être définis comme les « *coûts auxquels on doit faire face en échangeant un bien ou les services d'un facteur de production sur le marché* » (J.-L. MUCCHIELLI, *Multinationales et mondialisation : Seuil, Paris, 1998, p. 207*). À l'origine ces coûts de transaction étaient externes à l'entreprise. Mais « *au fur et à mesure que l'entreprise s'agrandit, la gestion de ses relations internes engendre un effet également des coûts de transaction de nature bureaucratique* » qu'on ne distingue pas en eux-mêmes des coûts existant sur le marché (A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, préf. S. SCIARRA, post. C. DEL CONT : *L.G.D.J., Bibliothèque de droit social, t. 38, 2002, p. 20*).

qui compte est la rapidité à identifier et à résoudre les problèmes, le mariage de la perspicacité technique et du savoir-faire commercial, favorisé par une clairvoyance stratégique et financière » dit-il¹²¹. Groupe et réseau avancent comme deux réponses à l'économie mondialisée : leur parenté s'affermi.

80. Une échappée des sphères juridiques traditionnelles. À l'idée de *domination* entre les différentes entités composant la structure se substitue la notion de *partenaires*. Les contractants recourant au réseau ne sont pas sous sa subordination juridique ; ceux-ci entretiennent des rapports régis principalement par le droit des contrats¹²². Certains auteurs définissent le réseau comme un contrat de collaboration¹²³. Le réseau d'entreprises est un *ensemble* de contrats de collaboration¹²⁴. La volonté sous-jacente d'échapper aux « contraintes » inhérentes à l'application du droit du travail est marquée. La différence avec le groupe commence à poindre. À ce dernier s'appliquent des obligations de droit du travail¹²⁵. Le réseau est réfractaire à cette soumission. Le droit du travail tentera de s'immiscer dans les

¹²¹ R. REICH, L'économie mondialisée : *Dunod*, 1997, p. 81.

¹²² A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes, préf. S. SCIARRA, post. C. DEL CONT : *L.G.D.J., Bibliothèque de droit social*, t. 38, 2002, p. 21.

¹²³ L. AMIEL-COSME, La théorie institutionnelle du réseau in *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Aspects actuels du droit des affaires, éd. Dalloz, 2003 ; Y. GUYON, Droit des affaires, Tome I, Droit commercial général et droit des sociétés : 11^{ème} éd. *Economica*, sp. 879. cités par I. DAUGAREILH in La négociation collective internationale : *Travail et Emploi n°104, Octobre-décembre 2005*, p. 76.

¹²⁴ Cf. *supra* note sous n°63 relative à la franchise et au contrat de franchisage pour un exemple de contrat de collaboration avancé par les auteurs précités.

¹²⁵ Ainsi, en droit français, des obligations s'appliquent. Sur l'obligation de reclassement dans le périmètre du groupe V. Cass. soc. 5 avril 1995, n° 93-43.866 : « qu'enfin, les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». Le chantier BTP ouvre également des droits aux salariés d'entreprises différentes sous certaines conditions (V. B. BOUBLI, Sur la notion de groupe et les droits dans le groupe : *libres propos : JCP S 2013, 1077*).

interstices¹²⁶. Le réseau se veut aussi étranger aux règles de droit des sociétés. Il souhaite échapper à la technique d'organisation du groupe et aux règles afférentes¹²⁷. Le réseau se désire au confluent¹²⁸ de ces domaines pour mieux naviguer entre leurs différentes obligations. Le réseau s'éloigne maintenant du groupe ; leur parenté s'efface.

81. Une technique d'organisation diffuse. La finalité de la technique d'organisation de l'entreprise en réseaux consiste à s'intégrer dans un ensemble *diffus*. L'essence du réseau s'aperçoit dans l'*enchevêtrement* des contrats et des collaborations. Le professeur Lyon-Caen avance la notion d'entreprise en morceaux¹²⁹ pour qualifier ces nouvelles techniques d'organisation de l'entreprise. Le groupe est aussi l'entreprise morcelée. Mais il n'est pas l'ensemble *diffus* ; les ramifications d'un groupe peuvent être ignorées mais celui-ci n'est pas caractérisé par un enchevêtrement. Le groupe connaît des liens de domination : le réseau les fuit. Il se réfugie dans des superpositions de collaboration ; il entretient le nébuleux à dessein. La parenté des deux visages de l'entreprise transnationale ressort affaiblie de cet examen.

82. Une absence d'*animus*. La distance entre les deux *ensembles* se transforme en séparation à l'évocation de l'*animus*¹³⁰. L'essence du réseau réside dans la recherche d'une communauté d'intérêts¹³¹. L'essence du groupe se loge dans une volonté de communauté. Aucun principe autre que la logique du marché ne vient transcender les entités composant le

¹²⁶ Il y parvient parfois déjà. À titre d'exemple, en droit français, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation (non publié au bulletin) reconnaît une obligation de reclassement dans le périmètre de contrats de franchise, en l'absence de groupe reconnu : « *Et attendu qu'ayant exactement retenu que l'activité dans le cadre d'un contrat de franchise (nous soulignons) ne suffit pas à démontrer l'absence de possibilités de permutation de personnel, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur n'apportait sur ce point aucun élément probant, a pu en déduire qu'il n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement* » (Cass. soc. 25 mai 2011, n°10-14.897).

¹²⁷ V. C. com. art. L. 233-1 s.

¹²⁸ La paternité de l'expression revient à André Sobczak (A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes, préf. S. SCIARRA, post. C. DEL CONT : L.G.D.J., Bibliothèque de droit social, tome 38, 2002, 4^{ème} de couverture).

¹²⁹ G. LYON-CAEN, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? » in Mélanges en l'honneur du président M. DESPAX, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002. sp. p. 33. cité par I. DAUGAREILH in La négociation collective internationale : Travail et Emploi n°104, Octobre-décembre 2005, p. 75.

¹³⁰ Cf. supra n°71 s. relatif au développement de l'*animus* comme critère subjectif du groupe.

¹³¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? : RIEJ, p. 44. cité par I. DAUGAREILH in La négociation collective internationale : Travail et Emploi n°104, Octobre-décembre 2005, p. 76.

réseau. Aucun principe directeur ne préside à l'unité de cette technique d'organisation. Plus que les différences d'ordre *technique*, la volonté des membres de ces deux entités les distingue. L'*animus* se transforme virtuellement en un critère de *distinction* entre ces deux techniques d'organisation de l'entreprise. En sa présence, l'ensemble des entités composent potentiellement un groupe. En son absence, le réseau émerge.

83. Une tentative de définition. Parent lointain mais certain du groupe, le réseau n'en demeure pas moins une tournure de l'entreprise transnationale. Sa définition constitue nécessairement le reflet de cette réalité. Le réseau est l'espace de la relation de travail des Hommes qui contribuent économiquement à son activité dans diverses entités guidées par une logique de marché et liées entre elles par diverses techniques contractuelles¹³².

84. Conclusion de section. L'entreprise transnationale est le périmètre naturel de l'instance mondiale de représentation du personnel. La définition de l'entreprise transnationale conduit à considérer celle-ci de manière pragmatique et souple. Elle est un *ensemble*. La reconnaissance de l'entreprise transnationale mène à l'identification de ses deux visages ; le groupe et le réseau. Ces deux techniques d'organisation de l'entreprise répondent à la définition de l'entreprise interprétée à la lumière de l'entité : ils sont des *ensembles*. Ceux-ci se révèlent des *acteurs* de l'instance mondiale de représentation.

¹³² La définition de l'entreprise organisée en réseau diffère de celle de l'entreprise organisée en groupe (*cf. supra* n°75) par ses *caractéristiques*. Elle n'est toutefois, au même titre toujours que celle du groupe, qu'un dérivé de la définition de l'entreprise (*cf. supra* n°42).

Section 2 : L'entreprise transnationale : acteur de l'instance

85. L'entreprise transnationale assure une double fonction : consacrée comme périmètre de l'instance mondiale de représentation du personnel, elle en est un acteur fondamental. Sans elle, aucune instance mondiale ne peut voir le jour : elle est nécessaire (**Sous-section 1**). Mais, insaisissable, l'entreprise transnationale est polymorphe (**Sous-section 2**) : l'appréhender requiert des techniques singulières.

Sous-section 1 : Un acteur nécessaire

86. Danger et attraction. La nécessité est une notion aussi dangereuse qu'attractive. Du nécessaire l'on ne peut se passer¹³³. Par cet état, celui-ci possède un pouvoir déterminant : il est menaçant. Du nécessaire l'on a absolument besoin pour quelque fin¹³⁴. Par cette qualité, celui-ci devient essentiel : l'attraction qu'il exerce est puissante. L'acteur nécessaire se manifeste au premier abord comme dangereux et attirant ; la dépendance qu'il engendre est redoutée. À la crainte doit succéder l'ouverture et la compréhension.

87. Triptyque. La nécessité de l'entreprise transnationale dans l'instance mondiale de représentation du personnel se cristallise en un triptyque : *périmètre, reconnaissance* et *dialogue* consacrent la nécessité du réceptacle de l'instance.

88. Périmètre et nécessité. L'existence d'une instance de représentation du personnel est consubstantielle de celle de l'entreprise qui la génère. La formule est tautologique : en dehors de son périmètre, l'instance ne peut exister. L'essence de sa création repose sur l'idée même de représentation d'une communauté définie. La présence de l'instance n'est justifiée que par cette finalité. La représentation d'une collectivité n'a pas de légitimité au-delà des frontières de l'entreprise.

¹³³ Dictionnaire de l'Académie Française, « nécessaire », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>. Dans son premier sens d'adjectif le nécessaire est celui « dont on ne peut se passer, dont on a absolument besoin pour quelque fin ».

¹³⁴ Dictionnaire de l'Académie Française, « nécessaire », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

89. Voilà une *Cité*¹³⁵. La représentation de sa communauté est assurée par une *instance*. Citoyen ou juriste, ce mécanisme de représentation se conçoit *naturellement*. Prenons la même Cité et la même instance. Maintenant, cette dernière affirme posséder un pouvoir de représentation s'étendant *au-delà* de ses murs. Citoyen ou juriste, l'affirmation interpelle : quel fondement pourrait sous-tendre ce raisonnement hégémonique ? Un sentiment de violation d'un droit *positif*¹³⁶ saisit le juriste. Pourtant, le trouble suscité n'émane pas nécessairement de la violation d'un droit naturel. Le retour à la Cité et à l'instance s'impose. Celle-ci se réclame désormais représentante de la Cité mais également d'une autre communauté *conquise* par la Cité. Sa vocation hégémonique l'a menée à l'absorption de ce territoire. Le droit positif a été une nouvelle fois violé¹³⁷. Mais la légitimité de cette représentation ne ressort-elle pas étrangement renforcée de cette conquête ?¹³⁸

90. La légitimité de la représentation ne constitue pas le résultat exclusif d'un quelconque droit positif : elle émane directement des frontières de la communauté qu'elle entend

¹³⁵ Le recours à la métaphore de la Cité pour éclairer le droit du travail est traditionnel. Le Professeur Teyssié l'utilise pour démontrer que celui-ci et l'entreprise sont intimement liés : leur destin sont inséparables, ils se confondent presque (B. TEYSSIÉ, *L'entreprise et le droit du travail* : *Arch. phil. Droit* 41, Sirey, 1997, p. 355-386.).

¹³⁶ Le doyen Carbonnier distingue trois catégories de droit positif : le positivisme clos sur le droit, le positivisme ouvert sur le fait et le positivisme transcendant. Nous retiendrons pour les besoins du développement le droit positif entendu comme positivisme transcendant. Celui-ci correspond à l'idée d'un mouvement qui transcende ou sublime le droit dans son ensemble ; il irradie autant le droit objectif que les droits subjectifs. Le droit positif transcendant les droits subjectifs renvoie aux droits de l'homme. « *Les textes qui les consacrent tranchent, cependant, sur le reste du droit positif ; ils parlent sur un ton d'exhortation autant que de commandement, et attendent des auditeurs autant une croyance qu'une obéissance* » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple* : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 74, n°38 s.).

¹³⁷ L'on conviendra que la conquête d'un territoire viole autant le droit objectif que les droits subjectifs tels qu'ils sont conçus dans le positivisme transcendant. Ainsi l'on ne peut qu'être surpris de ne trouver aucune mention de la guerre dans deux textes « phares » consacrant cette vision du droit positif : ni la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948 ni la déclaration Universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'en font mention. Seul le préambule, dans son alinéa 14, de la Constitution du 27 octobre 1946 pose une interdiction explicite : « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête (nous soulignons) et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* ».

¹³⁸ L'on retrouve là l'idée présente chez Kant et Hegel que la guerre ne constitue pas le « mal absolu » et qu'elle peut se trouver fondée en raison (V. J.-M. BESNIER, *Le droit international chez Kant et Hegel in Arch. phil. Droit* 32, Sirey, 1987, p. 86).

représenter. Le périmètre constitue l'origine première de la représentation. Les notions d'entreprise transnationale et de périmètre se confondent : elles ne font qu'un. La formule tautologique est confirmée : le périmètre de l'entreprise transnationale consacre celle-ci comme acteur nécessaire de l'instance mondiale. Reste à reconnaître l'entreprise dans sa plénitude pour asseoir à nouveau son caractère nécessaire.

91. Reconnaissance et nécessité. L'entreprise transnationale est nécessaire à l'instance mondiale par sa capacité à se reconnaître. Cette faculté lui revient seule : nul ne peut l'y contraindre, l'impulsion ne peut émaner que d'elle. Son intérêt à y procéder est équivoque¹³⁹. De manière volontaire, les maîtres du pouvoir de décision doivent ici réunir « les morceaux »¹⁴⁰ de l'entreprise transnationale fragmentée. Dans une vision *nationale* du droit de la représentation du personnel, le juge se soustrait aux contraintes légales pour procéder lui-même à cette reconstruction¹⁴¹. Dans une vision *mondiale* de ce droit, le juge est impuissant ; seuls les maîtres du pouvoir de décision possèdent une telle capacité.

92. La construction d'un droit équilibré¹⁴², auquel contribuerait l'émergence d'instances mondiales de représentation du personnel, requiert une impulsion initiale de l'entreprise transnationale. Celle-ci détient l'unique opportunité de s'établir comme garant de l'instance. La reconnaissance de l'entreprise transnationale, par les maîtres de son pouvoir de décision,

¹³⁹ Cf. *supra* n°59 : Les maîtres du pouvoir de décision peuvent concevoir cette reconnaissance comme la déconstruction de l'entreprise d'ingénierie qu'ils auraient orchestrée.

¹⁴⁰ Pour reprendre une expression du Professeur G. Lyon-Caen (G. LYON-CAEN, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? » in Mélanges en l'honneur du président M. DESPAX : *Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002. sp. p. 33. cité par I. DAUGAREILH in La négociation collective internationale : Travail et Emploi n°104, Octobre-décembre 2005, p. 75).*

¹⁴¹ Le juge se fait l'étendard du droit du travail qui « sacrifie à l'art du dessin lorsqu'il propose une perception nouvelle de l'entreprise, via les concepts d'entité économique et d'unité économique et sociale... sans trop se préoccuper des normes posées par d'autres, singulièrement le droit des sociétés » (B. TEYSSIÉ, *L'entreprise et le droit du travail : Arch. phil. Droit 41, Sirey, 1997, p. 357, n°5).*

¹⁴² L'on entend par cette expression le retour à un droit contractuel et un droit de l'entreprise pensés comme un équilibre des intérêts divergents qui les parcourent. Les parties aux règles de droit privé ne doivent pas nécessairement posséder des droits *identiques* mais des droits *équivalents*. L'élan initial que constituerait la reconnaissance par l'entreprise transnationale de ses propres frontières favoriserait le retour à l'équilibre.

conduirait à « *participer à la consolidation d'une entité a priori éclatée* »¹⁴³. Elle est le prix du dialogue.

93. Dialogue¹⁴⁴ et nécessité. Le dialogue sert l'instance de représentation du personnel ; inversement, l'instance favorise le dialogue. Il est au cœur de sa présence. L'acteur employeur incarné par les maîtres du pouvoir de décision occupe une place essentielle dans l'instance. En son sein, il est l'interlocuteur commun à toutes les entités la composant. L'acteur employeur se trouve indispensable au dialogue ; *ab initio* il ne peut se développer sans lui. *A posteriori* sa présence demeure nécessaire : elle assure la cohérence de l'instance.

94. L'unique organisation « syndicale » d'employeurs se situant à l'échelle *mondiale*¹⁴⁵ n'incite que timidement au développement du dialogue. Enfermée dans une approche binaire qui consiste à analyser toute situation en termes de profits ou de coûts¹⁴⁶, l'analyse de cette

¹⁴³ I. DAUGAREILH, La négociation collective internationale : *Travail et Emploi n°104, Octobre-décembre 2005, p. 76.*

¹⁴⁴ Le dialogue comme *action* de l'instance mondiale de représentation du personnel ne sera pas abordé ici (*cf. infra n°33*). Il est approché ici comme *preuve* de la nécessité de l'entreprise transnationale comme acteur de l'instance mondiale de représentation du personnel.

¹⁴⁵ L'Organisation Internationale des Employeurs (O.I.E.). Fondée en 1920 (art. 1 de ses statuts), elle compte, en 2014, 150 organisations d'employeurs membres dans 143 pays (<http://www.ioe-emp.org/fr/membres-oie/>). En France, l'adhérent de l'O.I.E. se trouve être le M.E.D.E.F. Aux Etats-Unis l'United States Council for International Business (U.S.C.I.B.) est membre. En Allemagne, la Confederation of German Employers (B.D.A.) est adhérente. Attachée dans ses statuts (art. 2 c.) à l'O.I.T., l'O.I.E. a pour premier objectif de « *promouvoir un environnement économique et les politiques sociales et de l'emploi nécessaires au développement et à la survie de la libre entreprise et de l'économie de marché* » (art 2 a.).

¹⁴⁶ À cet égard, une de ses publications est particulièrement édifiante. L'OIE établit un guide à l'attention des employeurs relatif aux Accords Cadres Internationaux (O.I.E., International Framework Agreements, An Employer's Guide, Updated Version, August 2007, Genève), À travers ce guide, l'organisation s'interroge sur les conséquences de la ratification de tels accords : « *What is the "value added" of entering into an IFA versus the risks or negative impact of not doing so?* » (« *Quelle est la « valeur ajoutée » de la ratification d'un tel accord face aux risques ou à l'impact négatif qui pourrait résulter de l'abstention de ratification ?* »). Il est évident que l'entreprise transnationale doit soupeser les avantages et les inconvénients de la création d'une instance mondiale de représentation du personnel ou de la conclusion d'un A.C.I. ; on ne peut reprocher à l'O.I.E. de mettre en garde ses membres. Mais, en demeurant au stade des interrogations sans procéder à une analyse prospective qui conduirait à établir les avantages d'une telle édification, l'O.I.E. opère plus par idéologie que par pédagogie.

organisation doit être minimisée¹⁴⁷ : le dialogue est une nécessité pour l'ensemble des membres de l'entreprise transnationale.

95. Acteur nécessaire, l'entreprise transnationale n'en est pas moins insaisissable. Polymorphe par nature, elle doit être appréhendée par des techniques singulières.

Sous-section 2 : Un acteur polymorphe

96. L'entreprise polymorphe. Le polymorphe est celui qui offre des formes différentes ; celui sujet aux changements de forme¹⁴⁸. L'entreprise transnationale organisée en groupe ou réseau embrasse cette définition. Elle offre des formes variables, le groupe ou le réseau. Elle est sujette aux changements de forme par intégration ou sortie d'une entité dans la structure.

97. Maux et remèdes. Au-delà, l'essence de cette pluralité de formes réside dans l'existence de personnalités juridiques distinctes des différentes entités composant l'entreprise. Dans celles-ci, la polymorphie de l'entreprise prend sa source. L'unité de l'ensemble semble contrecarrée par l'obstacle de ces personnalités juridiques (**§1**). Seule une transmission des pouvoirs juridiques au sein de l'entreprise transnationale est susceptible de remédier à cette situation (**§2**).

§1 : L'obstacle des personnalités juridiques

98. Distinctions préalables. L'étude de l'articulation des notions de personne physique, personne morale et personnalité juridique est une nécessité. Une distinction initiale sépare les notions de personne juridique et de personne humaine : elles ne se confondent pas nécessairement. Cela « *permet de concevoir l'attribution de la personnalité juridique à une entité qui n'a pas la qualité d'être humain* »¹⁴⁹. Il s'agit de la personne morale.

¹⁴⁷ Bernard Saincy énonce ainsi que cette « *position défensive (de l'O.I.E.) est malaisée. Elle contredit une ambition affichée du patronat de proposer à la société toute entière un projet cohérent* ». Sa position ressemble à un combat d'arrière garde (B. SAINCY, Mutations et renouvellement des pratiques sociales *in* Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale, ss. dir. M. DESCOLONGES et B. SAINCY : *La Découverte*, 2006, p. 41 s.).

¹⁴⁸ Dictionnaire de l'Académie Française, « polymorphe », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

¹⁴⁹ J.-C. SAINT-PAUL, Droits de la personnalité, Traité : *Lexis Nexis*, 2013, p. 76, n°129.

99. Définition de la personne morale. Volonté et intervention cohabitent à la conception de la personne morale. La volonté préside à son existence : sans elle, la personne morale ne peut exister¹⁵⁰. L'intervention gouverne sa création : sans elle la personne morale est privée de capacité¹⁵¹.

100. Parmi ceux s'essayant à la définition de la personne morale, un auteur estime qu'elle peut s'entendre comme « *un groupement ou une communauté de personnes physiques désireuses de mettre en commun leur activité et leurs ressources afin de promouvoir un intérêt collectif propre à cet être moral* »¹⁵². Celui-ci se voit conférer la personnalité juridique. Au premier rang de ses attributs siège la capacité patrimoniale¹⁵³. Son empire n'est

¹⁵⁰ Le doyen Carbonnier insiste sur l'importance du rôle de la volonté privée dans la constitution des personnes morales. Il explique ainsi que « *les personnes morales du droit privé sortent de la volonté (nous soulignons) privée* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Tome I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, PUF, *Quadrige*, 2004, p. 721, n°368 s.). De son côté, le Professeur Saint-Paul recourt au concept de *finalité* pour justifier l'attribution de la personnalité juridique aux personnes morales : « *C'est en raison de sa finalité (nous soulignons) propre, distincte des intérêts de ses membres, qu'il est apparu opportun d'attribuer la personnalité juridique aux groupements afin de leur permettre un développement autonome* » (J.-C. SAINT-PAUL, Droits de la personnalité, Traités : *Lexis Nexis*, 2013, p. 77, n°130). Les deux positions, loin d'être irréconciliables se rejoignent : la volonté en ce qu'elle se veut agissante (Dictionnaire de l'Académie Française, « volonté », 8^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>) est un genre de finalité – qui s'entend comme une adaptation des moyens à une fin - (Dictionnaire de l'Académie Française, « finalité », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

¹⁵¹ Le doyen Carbonnier met en exergue l'intervention de l'autorité publique. Ce nécessaire ministère de l'Etat s'explique par la nature de la personne morale : celle-ci « *est plus qu'un contrat (qui n'aurait d'effet qu'entre les parties contractantes, a. 1165), c'est un organisme dont l'existence va s'imposer à tous* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Tome I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 722, n°368 s.). Le Professeur Saint-Paul distingue les personnes morales reconnues par la loi et par l'action prétorienne. Cette dichotomie n'est pas irréconciliable avec l'intervention du Doyen Carbonnier ; le juge n'est-il pas lui-même investi par l'autorité publique du pouvoir de dire le droit ? (Dictionnaire de l'Académie Française, « juge », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

¹⁵² J.-C. SAINT-PAUL, Droits de la personnalité, Traités : *Lexis Nexis*, 2013, p. 77, n°130. Le juriste se plaît dans un certain confort. Confronté à une doctrine abondante et divergente, il est tenté de se réfugier derrière une définition synthétique de la notion ; il n'ose franchir le Rubicon et partir à la poursuite de son fondement. De multiples théories ont proliféré pour tenter d'affermir la nature de la personne morale : la théorie de la fiction, les théories négatrices, les théories de la réalité, la théorie de la réalité technique. Une étude entière ne suffirait pas à les appréhender ; le juriste est contraint à une retraite temporaire.

¹⁵³ Le Professeur Saint-Paul énonce ainsi la conséquence directe de la reconnaissance de l'être moral comme personne juridique implique que cette personne morale « *dispose d'une aptitude au commerce juridique* ». Et c'est bien cette aptitude qui implique « *assez naturellement une capacité patrimoniale* ». L'auteur précise que

circonscrit que par le principe de spécialité : les personnes morales ne peuvent agir juridiquement que dans les limites de leur objet social¹⁵⁴.

101. La personne morale ne se reconnaît qu'avec une intervention ; il faut se lancer à la recherche de ses dépositaires reconnus. À la première étape, la société attend le juriste dans sa quête.

102. Personne morale et société. La société est la *cellule*¹⁵⁵ de l'entreprise transnationale. La personnalité morale forme le *cœur* de cette cellule ; sans elle la société perd sa substance et son intérêt. Elle perd son *âme*. L'attribution de la personnalité morale à la société¹⁵⁶ témoigne de la reconnaissance de la volonté l'habitant ; à cet être est accordé le droit d'être *juridiquement* « capable ».

103. La halte du juriste pour constater le caractère fondamental de la personnalité morale dans la société aurait pu s'avérer brève. Dans une vision *nationale* du droit, au sein des personnes morales consacrées¹⁵⁷, la reconnaissance de la personnalité morale à la société relève d'une lecture aisée. Soit la personnalité morale est conférée à cette société, soit elle ne

« les choses sont peut-être moins évidentes quant à l'éventualité d'une capacité extrapatrimoniale » (J.-C. SAINT-PAUL, Droits de la personnalité, Traités : Lexis Nexis, 2013, p. 86, n°152).

¹⁵⁴ J.-C. SAINT-PAUL, Droits de la personnalité, Traités : Lexis Nexis, 2013, p. 87, n°153.

¹⁵⁵ La société s'entend comme la cellule de l'entreprise transnationale au sens biologique du terme : elle est l'unité de structure fondamentale de la plupart des organismes vivants. Par analogie, la société constitue l'unité de structure fondamentale de l'entreprise transnationale – quel que soit le visage que cette dernière entend arborer – (Dictionnaire de l'Académie Française, « cellule », 9^{éd.} : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

¹⁵⁶ La définition de la société témoigne elle-même d'un large consensus. En droit français, la société s'appuie dans sa définition générale sur l'article 1832 du Code civil. Celui-ci énonce que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter » (art. 1832. al 1. C. civ.). Le Professeur Menjucq retient que « le droit international et européen des sociétés peut se définir par rapport à son objet comme l'ensemble des règles applicables, dans un contexte juridique transfrontalier, aux personnes morales ayant un but lucratif (nous soulignons) » (M. MENJUCQ, Droit international et européen des sociétés : Montchrestien, Lextenso éd., 2008, 2^{ème} éd., p.1, n°1). L'article 54 du TFUE « entend par sociétés, les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif ».

¹⁵⁷ Que ces personnes morales soient consacrées par la loi (de manière obligatoire ou proposée) ou par la jurisprudence (cf. *supra* n°100), à un moment figé, il est possible de dresser un panel exhaustif des personnes morales reconnues.

l'est pas : les critères sont satisfaits ou ils demeurent inassouvis. Dans une vision *internationale*¹⁵⁸ du droit, la reconnaissance de la personnalité morale soulève naturellement des difficultés juridiques. L'entreprise transnationale, réceptacle de l'instance mondiale de représentation du personnel, connaît essentiellement des relations entre sociétés de nationalités différentes : la reconnaissance de leur personnalité morale dans les droits nationaux constitue une réalité quotidienne.

104. Voilà une société française. À celle-ci l'on reconnaît la personnalité morale. Cette société appartient à un groupe. Pour les besoins de cette entreprise transnationale, elle doit contracter aux Etats-Unis. Le nœud du problème consiste à déterminer si le droit américain reconnaît la personnalité morale de la société française. Cette reconnaissance est cruciale ; sans elle la société française ne peut contracter. Le droit international privé vole au secours du juriste. Il nous enseigne le principe suivant : la société française peut exercer son activité, et conclure des actes juridiques valables si elle est valablement constituée au regard de la loi sous l'empire de laquelle elle est créée¹⁵⁹. Ainsi, une société valablement constituée en France – en application du droit français - peut régulièrement contracter aux Etats-Unis.

105. La première étape du juriste en quête des dépositaires reconnus de la personnalité morale¹⁶⁰ s'achève.

¹⁵⁸ Le terme « international » est utilisé ici à dessein (*cf. supra* n°22 *s.* sur les distinctions entre transnational, international et mondial). Il renvoie au droit international privé qui « *en sa conception actuelle, vise à régler les conflits de lois entre personnes privées de nationalités distinctes. Les règles dégagées permettent un règlement des contentieux via le rattachement à une législation étatique donnée* » (R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S* 2013, 1066).

¹⁵⁹ V. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Droit international privé : *Dalloz*, 9^{ème} éd., 2007, p. 965, n°706 *s.* ; P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso* éditions, 10^{ème} éd., 2010, p. 753, n°1030 *s.* Les variations jurisprudentielles et doctrinales se sont concentrées sur la détermination de la loi constitutive de la société : la *lex societatis*. Pour les pays continentaux, « *le critère choisi est presque toujours le siège social* (nous soulignons), *mais les pays se partagent entre partisans du siège statutaire (c'est-à-dire du siège tel que fixé par les statuts de la société) et partisans du siège réel (lieu à partir duquel la société est effectivement administrée)* » (P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso* éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 757, n°1035). La *lex societatis* régit la constitution, l'organisation, les modalités d'exercice des pouvoirs des dirigeants. Son empire ne subit de restrictions que face à des lois ayant une aptitude concurrente à s'appliquer (*lex fori, lex rei sitae, lex loci delicti*).

¹⁶⁰ Cette quête n'embrasse pas l'ensemble des dépositaires reconnus de la personnalité morale mais seuls ceux intéressant l'entreprise transnationale.

106. Personne morale et visages de l'entreprise transnationale. Visages de l'entreprise transnationale, groupe et réseau sont constitués par un *ensemble* de sociétés, de *cellules*. À l'opposé de leurs sociétés, possédant la personnalité morale, groupe et réseau ne reçoivent pas un tel privilège. L'origine de ce refus siège dans la capacité patrimoniale de la personne morale. Conférer à un groupe – ou à un réseau – la personnalité morale revient à lui concéder un patrimoine propre. Doté d'un tel patrimoine, rien ne fait obstacle à la mise en cause de la responsabilité du groupe du fait des agissements de ses sociétés filiales. Aucun système juridique n'est prêt à entrouvrir cette boîte de Pandore¹⁶¹ : « *le voile de la personnalité morale des filiales a vocation à rester intact* »¹⁶². La personnalité morale des sociétés est conçue comme un obstacle infranchissable à la diffusion des responsabilités dans l'entreprise transnationale. La légitimité de l'acteur employeur en ressort diminuée. L'instance mondiale de représentation du personnel requiert d'imaginer une approche différente.

107. L'appréhension de la personne morale dans les groupes¹⁶³. L'appréhension révèle une crainte encore imprécise, un risque de danger. Elle s'entend également de la façon de saisir les choses par l'esprit, de la manière d'appréhender une difficulté¹⁶⁴. Fondateurs et

¹⁶¹ Ainsi, aucun pays n'admet un principe général de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale (OCDE, Investissement international et entreprises multinationales. Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, 1980 cité par V. PIRONON in J-Cl. *Droit international, Fasc. 570-75 : Groupes multinationaux – Filiales et succursales*, 2010). À titre d'exemple, le juge de cassation français a refusé d'accorder la personnalité juridique aux groupes de sociétés : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter, l'une des conditions essentielles pour la validité de la convention d'ouverture de compte faisait défaut, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Cass. com., 2 avr. 1996, n°94-16.380 : *Bull. civ.* 1996, IV, n°113). Toutefois, si une responsabilité *générale* de la société mère du fait de sa filiale est systématiquement écartée, des droits et mécanismes *particuliers* arrivent à absorber la responsabilité d'un groupe. Ainsi du droit de la concurrence ou du droit de l'environnement. Pour une étude détaillée des moyens d'engager la responsabilité d'un groupe à raison d'activités délocalisées V. V. PIRONON in J-Cl. *Droit international, Fasc. 570-75 : Groupes multinationaux – Filiales et succursales*, n°109 s.)

¹⁶² V. PIRONON in J-Cl. *Droit international, Fasc. 570-75 : Groupes multinationaux – Filiales et succursales*, 2010, n°109.

¹⁶³ Le débat relatif à l'attribution de la personne morale ne s'est réellement concentré que sur le groupe. Le réseau est une forme d'organisation par trop diffuse pour prétendre à l'octroi de la personnalité morale.

¹⁶⁴ Dictionnaire de l'Académie Française, « appréhension », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

maîtres du pouvoir de décision du groupe appréhendent la personnalité morale. Celle-ci peut être, elle-même, appréhendée autrement.

108. La personne morale du groupe est un mirage : bien qu'inexistante, elle pousse l'esprit à réagir. Son image est faussée ; la représentation qui en est faite redoutée. Certains auteurs justifient la négation de la personnalité morale du groupe par son absence d'intérêt propre¹⁶⁵. Il semble pourtant que l'existence d'un groupe caractérise une volonté de communauté¹⁶⁶. Mais au-delà des différends relatifs au critère justifiant l'octroi de la personnalité morale, c'est l'appréhension liée à son attribution qui interpelle. La personnalité morale appliquée au groupe, avant d'être conçue comme un facteur de risque, peut être une expression de sa souveraineté¹⁶⁷. En tant que tel, l'octroi de la personnalité morale peut constituer un choix¹⁶⁸ de l'entreprise transnationale. Au-delà du mirage de la responsabilité, recourir à la personnalité morale constitue un argument d'une puissance économique sans égal. Lorsque l'entreprise transnationale contracte dans son ensemble, l'engagement pris contient une force particulière ; il engage une entité possédant un pouvoir économique considérable.

109. Dans la négation de l'octroi de la personnalité morale au groupe la volonté du législateur se perçoit autant que la main des créateurs de ce visage de l'entreprise transnationale ; autant l'un que l'autre craignent cette attribution. Le dépassement de cette appréhension, devenue quasi inhérente au concept de groupe, peut s'incarner dans la conception d'une œuvre conventionnelle consacrant une « personne morale de groupe ».

¹⁶⁵ V. N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie : *L.G.D.J., 2004, n° 460 et s.* ; G. WICKER, Personnalité morale : *Rép. civ. Dalloz, n°20, 1998* (cités par J.-C. SAINT-PAUL in *Droits de la personnalité, Traités : Lexis Nexis, 2013, p. 86, n°150*).

¹⁶⁶ Cf. *supra* n°67.

¹⁶⁷ Le retour au droit romain comme exemple est ici frappant. Celui-ci, « avec un certain pragmatisme, accorda assez rapidement la personnalité juridique aux villes ou « cités » afin d'organiser « l'Empire romain » » (J.-C. SAINT-PAUL, *Droits de la personnalité, Traités : Lexis Nexis, 2013, p. 77, n°131*). L'entreprise n'est-elle pas aujourd'hui une Cité elle-même ? (cf *supra* n°89, V. B. TEYSSIE, *L'entreprise et le droit du travail : Arch. phil. Droit 41, Sirey 1997, p. 355-385*).

¹⁶⁸ La souveraineté renvoie en droit international « au droit absolu qu'a tout peuple indépendant de régler ses propres affaires sans devoir rendre compte à quelque autre peuple que ce soit » (Dictionnaire de l'Académie Française, « souveraineté », 8^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

110. Le dépassement de l'appréhension : une œuvre conventionnelle. La personne morale est une œuvre consacrée par la loi ou l'action prétorienne. La première est l'expression de la volonté de la Cité. La seconde supplée la première ; elle remplit ses silences. Admettre la validité d'une telle création par le juge c'est admettre « *que la personnalité civile n'est pas une création de la loi* »¹⁶⁹. Si la personnalité morale est une expression de la souveraineté du groupe, un accord de volonté peut suppléer aux œuvres législatives et prétoriennes. Les représentants de l'ensemble des entités formant un groupe concluent une convention¹⁷⁰. Celle-ci établit l'existence d'une personnalité juridique au groupe ; elle organise sa construction en désignant ses représentants ; elle ordonne sa constitution. Cette œuvre conventionnelle prouve l'existence d'un intérêt collectif suffisamment consistant et s'exprimant dans un minimum d'organisation¹⁷¹. L'acte se

¹⁶⁹ L'on revient ici à l'attendu de principe formulé par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt du 28 janvier 1954 reconnaissant la personnalité morale aux comités d'établissement : « *La personnalité civile n'est pas une création de la loi, elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par la suite d'être juridiquement reconnus et protégés* ». Le juge ménage toutefois le législateur. Il poursuit : « *si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice* ». (Cass. 2^{ème} civ., 28 janv. 1954, n°54-07.081).

¹⁷⁰ Le doyen Carbonnier nous remémore la distinction entre le contrat et la convention. « *Le contrat est l'espèce d'un genre plus étendu qui est la convention. Ils ont ceci de commun que ce sont tous deux des accords de volonté (donc, des actes juridiques bilatéraux). Seulement le contrat est un accord de volonté destiné à créer des obligations (...), tandis que la convention est un accord de volonté destiné à produire un effet de droit quelconque, qui, aussi bien que de créer des obligations, peut être d'en transférer (ex. délégation) ou d'en éteindre (ex. remise de dette)* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, les obligations : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 1942, n°930). L'acte juridique conclut pour créer une personnalité juridique dépasse la simple création d'obligations réciproques ; elle constitue une convention.

¹⁷¹ En cela, l'œuvre conventionnelle créatrice d'une personnalité juridique s'inscrit dans la lignée de la théorie de la réalité technique. Le doyen Carbonnier qualifie cette théorie de « pragmatiste » : « *la valeur pratique d'un concept entre pour beaucoup dans sa vérité* ». « *Ainsi : 1° L'interprète peut et doit, même dans le silence de la loi, reconnaître une personne morale partout où un intérêt collectif suffisamment consistant s'exprime dans un minimum d'organisation ; 2° Il peut et doit, même au-delà des textes, accorder à la personne morale tous les droits qui lui sont nécessaires pour accomplir l'intérêt collectif dont elle a la charge* » (J. CARBONNIER, Droit civil, Tome I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 743, n°379). La théorie de la réalité technique ne voit pas la personne morale comme une absence ou une présence ; comme une fiction ou une réalité. Elle la considère comme une technique juridique permettant d'appuyer un intérêt collectif.

manifeste comme une preuve de la nécessité de reconnaître la personnalité morale au groupe le désirant. La finalité de cette personne morale du groupe ne réside pas dans sa substitution à celles des sociétés. Elles cohabitent. La personne morale du groupe se superpose aux autres ; elle préside l'ensemble¹⁷².

111. Expression de l'autonomie de la volonté des parties, les *scénarii* d'une telle création doivent être examinés sous le prisme de leurs effets dans les ordres juridiques. *Primo*, le principe de l'œuvre conventionnelle s'oppose frontalement aux lois de police ou aux règles d'ordre public d'un État. La personnalité juridique n'est pas opposable dans cet ordre. *Secundo*, la qualification de personnalité morale dans l'œuvre conventionnelle contrarie les règles de ces systèmes juridiques. Le recours à l'appellation de contrat de *propriété collective*¹⁷³ s'avère nécessaire. *Tertio*, la validité d'une telle œuvre conventionnelle n'est pas contestée en soi mais son effectivité est subordonnée à une consécration étatique préalable.

¹⁷² L'œuvre conventionnelle se rapproche de la conception allemande des sociétés groupées. Les groupes de droit allemand connaissent le mécanisme du *contrat de domination*. Celui-ci permet à l'entreprise dominante d'imposer des décisions à la société dominée tant que ces instructions sont données dans l'intérêt de la société dominante ou du groupe de sociétés (art. 308 Aktiengesetz (AktG) ou loi sur les sociétés par Actions). À travers ce contrat de domination, la loi allemande produit un effet « d'altération » de la personnalité morale ; ces dernières existent mais la puissance du contrat de domination les altère (M. MENJUCQ, B. FAGES (dir.), Actualités et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés : *Dalloz, Actes, 2010, p. 97 s.*). Dans l'œuvre conventionnelle, les personnalités morales subsistent également et l'altération ne se produit que lorsque le groupe le requiert.

¹⁷³ Cette expression émane des théories négatrices de la personne morale. Ses auteurs « suggèrent d'envisager le groupement comme une forme de propriété collective appartenant à l'ensemble de ses membres ou encore de recourir à la technique du patrimoine d'affectation » (J.-C. SAINT-PAUL, Droits de la personnalité, Traités : *Lexis Nexis, 2013, p. 79, n°134*). En recourant à cette qualification on « échappe » à celle de personnalité morale.

Quarto, l'œuvre conventionnelle produit tous ses effets dans l'ordre juridique¹⁷⁴ ; aucune consécration préalable n'est nécessaire.

112. Quel que soit le scénario retenu, cette œuvre conventionnelle constitue un achèvement : elle marque le dépassement de l'appréhension de la personnalité morale du groupe. Elle témoigne également de la résolution de l'entreprise transnationale, incarnée en groupe, de s'organiser. Cette volonté de l'acteur employeur sert l'instance mondiale de représentation du personnel : la structuration du réceptacle de l'instance est l'étape nécessaire à son émergence.

113. En attendant l'avènement d'une personnalité morale pour le groupe, l'acteur employeur doit organiser ses relations internes. L'obstacle des personnalités juridiques le contraint à la transmission de certains pouvoirs juridiques.

§2 : La transmission des pouvoirs juridiques

114. L'organisation d'une instance mondiale de représentation du personnel commande à l'acteur employeur d'organiser une transmission des pouvoirs juridiques en son sein ; à une instance mondiale doit répondre *un* acteur employeur et non une *multitude* d'entités. Délégations de pouvoirs et mandat¹⁷⁵ concourent à cette transmission des pouvoirs juridiques.

115. La délégation de pouvoirs : un concept d'applicabilité complexe. Mécanisme traditionnel de transfert de la responsabilité pénale de l'employeur, la délégation de pouvoirs intéresse au premier chef l'organisation des relations dans l'entreprise. Elle est l'illustration

¹⁷⁴ D'aucun pourrait redouter que cette création conventionnelle ne tente le juge *interne* d'engager la responsabilité du groupe du fait des agissements d'une de ses filiales d'autant plus facilement. Si l'argument ne peut être complètement écarté, l'on peut répondre que le juge reconnaît déjà des cas responsabilité du groupe du fait des agissements d'une filiale (*cf. supra note sous n°106*). L'œuvre conventionnelle ne tend pas à rendre stérile les personnalités morales des entités composant l'entreprise transnationale ; celles-ci persistent. La personnalité juridique reconnue au groupe ne doit être utilisée que lorsque le groupe a agi, que des éléments tangibles concordent pour engager sa responsabilité. Cette personnalité juridique doit être utilisée de manière *positive*, à l'initiative du groupe lui-même. La création d'une instance mondiale de représentation du personnel à l'initiative du groupe, utilisant les capacités juridiques offertes par cette personnalité morale, en offrirait une illustration.

¹⁷⁵ Le caractère mondial de l'instance de représentation du personnel contraint à ne pas s'épancher dans les techniques législatives internes de ces modalités de représentation de l'entreprise transnationale. Le recours aux principes généraux du droit civil ou du droit pénal est une nouvelle fois de mise.

de l'adaptation des règles traditionnelles du droit pénal à son cadre¹⁷⁶. Ce dispositif doit s'appréhender de manière vertueuse ; il contribue à un meilleur exercice de l'influence sur autrui dans la structure considérée¹⁷⁷.

116. La conjugaison de la délégation de pouvoirs à l'instance mondiale de représentation du personnel relève d'un exercice d'équilibriste de haut vol. Si le principe d'une délégation de pouvoirs au sein d'une instance de représentation du personnel ne heurte pas¹⁷⁸, les implications à l'échelle internationale d'une telle délégation soulèvent des difficultés pratiques insurmontables. Le droit pénal ne connaît pas de règles de conflits de loi¹⁷⁹. Sa fonction punitive l'amène à ignorer les frontières ; sa compétence oscille entre universalité et personnalité¹⁸⁰. Une délégation de pouvoirs au sein d'une entreprise transnationale nécessite de s'appuyer strictement sur les droits nationaux. L'intérêt du recours à un tel mécanisme en devient limité. La transmission des pouvoirs juridiques au sein de l'instance transnationale demeure paralysée ; le mandat offre une ressource intéressante.

117. Le mandat : une technique contractuelle adaptée. La délégation de pouvoirs inadaptée, le mandat représente la technique contractuelle la plus appropriée à la nature de l'entreprise transnationale. La négation de la personnalité morale à cette dernière pousse le juriste à trouver une technique de représentation¹⁸¹ efficace : le mandat. Celui-ci se définit comme le contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le

¹⁷⁶ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail : *Lexis Nexis*, 2008, 4^{ème} éd., p. 175, n°293.

¹⁷⁷ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail : *Lexis Nexis*, 2008, 4^{ème} éd., p. 175, n°294.

¹⁷⁸ Le droit français révèle cependant toutes les nuances, et difficultés, entourant la délégation de pouvoirs de l'employeur à l'un de ses salariés au sein d'une instance de représentation du personnel (V. Cass. crim. 15 mars 1994, n°93-82.109 ; Cass. crim. 3 mars 1998, n°96-85.098). Pour une étude détaillée des délégations de pouvoirs V. D. CHATARD, *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés – Essai en droit du travail*, préf. B. TEYSSIE : *Lexis Nexis* 2013, éd. *Planète Social*, p. 172, n°423 s.

¹⁷⁹ Aucun droit pénal international « privé » n'existe d'ailleurs. « *Le droit international pénal relève du droit international public, avec cette conséquence essentielle qu'il y a identité de sources formelles entre le droit international public et le droit international pénal* » (O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal, Sources, Incriminations, Responsabilité : Éditions A. Pedone*, 2012, *Introduction*, p. 1). Aucun secours ne viendra de lui.

¹⁸⁰ Pour une étude détaillée des compétences extraterritoriales du droit pénal français V. E. DREYER, *Droit pénal général*, *Lexis Nexis*, 2012, 2^{ème} éd., p. 1149, n°1784 s.

¹⁸¹ La représentation constitue l'essence même du mandat. Cette représentation permet aux incapables ou aux non-présents de former des actes juridiques par l'intermédiaire d'autrui (J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple : PUF, Quadrige*, 2004, p. 326, n°169).

pouvoir d'accomplir en son nom et pour son compte des actes juridiques¹⁸². Les effets de ces actes juridiques se produisent en la personne du représenté et non pas du représentant¹⁸³ : telle est l'essence du mandat mais, plus généralement, de l'institution de la représentation.

118. Dans le cadre de l'entreprise transnationale, mandat pourrait être donné à la société dominante de représenter l'ensemble des entités du groupe au sein de l'instance mondiale de représentation du personnel. La légitimité de cette dernière en sortirait renforcée ; la force contractuelle des actes conclus au sein de cette instance serait consolidée. « *En l'absence de tel mandat légal, on pourra considérer que chaque filiale donne à la société mère un mandat tacite* »¹⁸⁴.

119. La technique de la représentation est toutefois affaiblie par la nature instable de l'entreprise transnationale. Celle-ci connaît fréquemment arrivées et départs, intégrations et séparations. Le mandat, lui, n'engage que ses signataires. Les nouvelles entités intégrant l'entreprise transnationale ne sont pas de ce nombre. Pour palier cette difficulté, l'on peut imaginer que l'intégration à l'entreprise transnationale soit subordonnée à la ratification d'un tel mandat par les entrants ; la transmission des pouvoirs juridiques serait ainsi parfaite.

120. Conclusion de section. L'entreprise transnationale se révèle un acteur nécessaire de l'instance mondiale de représentation du personnel. Mais, polymorphe, l'appréhender est une quête de l'impossible. L'obstacle des personnalités juridiques ne se contourne qu'avec difficulté par la transmission des pouvoirs juridiques.

121. Conclusion de chapitre. L'entreprise transnationale, acteur employeur de l'instance mondiale de représentation du personnel, s'incarne en deux visages distincts : le groupe ou le réseau. D'un caractère insaisissable, il est autant nécessaire que polymorphe. Le périmètre de l'instance définie, la nécessité de l'acteur employeur avancée, place doit maintenant être faite aux interlocuteurs privilégiés de cette instance : les acteurs salariés.

¹⁸² C. civ, art. 1984.

¹⁸³ J. CARBONNIER, Droit civil, Tome I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 326, n°169.

¹⁸⁴ A. SOBCZAK, Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux in M. DESCOLONGES et B. SAINCY, Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte*, 2006, p. 97.

Chapitre 2 : Les acteurs salariés

122. Pluralité. À l'inverse de l'acteur employeur, solitaire mais connu, l'acteur salarié est pluriel mais inconnu. *Des* acteurs salariés façonneront l'instance mondiale de représentation du personnel. Ils exerceront leur fonction en nombre. La nature de cette représentation est, elle, inconnue. Une pluralité d'acteurs salariés *potentiels* surgit : organisations syndicales nationales, européennes, internationales, représentants « directs » du personnel ou « simple » salarié.

123. Doute. L'instance mondiale campe encore au niveau embryonnaire¹⁸⁵ ; peu d'entre elles ont émergé avec conviction. La recherche des acteurs salariés les plus adaptés à la nature *mondiale* de l'instance est nécessaire. Cette quête se révèle complexe. L'instance mondiale sort des cadres prédéfinis par la loi ; aucun secours n'émanera du juge. Le *doute* plane et fait irruption dans la recherche des acteurs salariés. Il saisit la *légitimité* de leur représentation. L'écarter n'est pas chose aisée ; une étude de tous les acteurs salariés est nécessaire.

124. « *Le doute c'est la connaissance refusée et, dans sa recherche, l'erreur redoutée* »¹⁸⁶. Il ne doit cependant pas être craint. La remise en cause des acquis encourage à trouver une réponse adaptée. Les instances mondiales constituent un foyer privilégié du doute ; l'absence de normes attachées à celles-ci déboussole. La légitimité des organisations syndicales internationales (**Section 1**) est mise en doute. Un doute s'introduit dans la légitimité de l'acteur syndical par le recours aux règles de représentativité nationale (**Section 2**). Au doute doit succéder le choix¹⁸⁷. Le premier est détruit par le second. Le doute s'estompe par l'avènement d'une représentation mondiale (**Section 3**).

¹⁸⁵ Cf. *infra* n°231 et les quelques instances mondiales déjà existantes.

¹⁸⁶ J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, préf. B. TEYSSIE : éd. *Panthéon Assas*, 2003, p. 15, n°2.

¹⁸⁷ La paternité de l'expression revient au Professeur Cesaro in J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, préf. B. TEYSSIE : éd. *Panthéon Assas*, 2003.

Section 1 : Une légitimité en doute : les organisations syndicales internationales

125. Des organisations syndicales. Avant de constituer une organisation syndicale *internationale*, avant que le doute ne s'empare du raisonnement, l'organisation considérée est *syndicale*. Une tentative de définition du syndicat¹⁸⁸ à l'échelle mondiale se révèle impossible ; la diversité des conceptions du syndicalisme dans le monde empêche le juriste de réaliser une telle entreprise¹⁸⁹. Malgré ces disparités, des traits communs se dégagent. Le syndicat est un *groupement*. Sa finalité est la défense des *intérêts* d'une *catégorie* d'individus ; le groupement *s'organise* à cette fin. Celui-ci rassemble « *des individus, faibles isolément, mais unis par une communauté de situation économique et sociale* »¹⁹⁰. L'indépendance des syndicats constitue une caractéristique de la conception du droit syndical ; « *elle conditionne la liberté d'action et la représentativité des groupements* »¹⁹¹.

¹⁸⁸ À titre d'exemple, le droit français offre une parfaite illustration de la diversité des définitions du syndicat. Le Code du travail énonce « *que les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leur statut* » (art. L. 2131-1 C. trav.). Le Professeur Cornu avance, lui, que le syndicat professionnel est un « *groupement de personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des professions connexes, en vue de la défense de leurs intérêts professionnels* » (G. CORNU, « syndicat » in *Vocabulaire Juridique* : PUF 2011, 9^{ème} éd., p. 1000). L'Académie française donne, elle, une troisième définition : « *Association formée entre membres d'une même profession, pour la défense de leurs intérêts corporatifs ou pour celle de leurs intérêts de classe* » (Dictionnaire de l'Académie Française, « syndicat », 8^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>). La première définition exige une *exclusivité* d'objet, les deux l'ignore. La troisième autorise la défense des intérêts de *classe*, la seconde y semble nettement défavorable.

¹⁸⁹ Un survol des décisions du Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du Bureau International du Travail (B.I.T.) suffit à appréhender l'extrême disparité de l'état du syndicalisme dans le monde (V. par ex. La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du Bureau International du Travail : Genève, 2006, 5^{ème} éd. p. 19, n°61 s.). Indirectement, un tour d'horizon des restrictions à l'exercice du droit de négociation collective dans les législations nationales des États membres de l'O.I.T interpelle autant sur l'état du syndicalisme dans le monde (V. B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, La négociation collective, Normes de l'O.I.T. et principes des organes de contrôle : BIT, Genève, 2000, p. 69). Ici le syndicat est emprisonné pour ses mandats, là il est protégé du licenciement.

¹⁹⁰ J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H. CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 213.

¹⁹¹ J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H. CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 214.

Les syndicats internationaux sont supposés répondre à ces critères ; leur histoire fourmille de renseignements éclairants.

126. Histoire du mouvement syndicat international¹⁹². L'histoire est l'interprétation des faits ; l'histoire est un récit¹⁹³. Celle du mouvement syndicat international débute à l'aube de la première révolution industrielle. Sous l'impulsion de Karl Marx, la première organisation internationale de travailleurs prend forme¹⁹⁴. À la veille du premier conflit mondial, la première organisation *syndicale* internationale émerge¹⁹⁵. Symbole de l'éveil d'une société internationale, l'organisation s'écroule en même temps que le conflit se propage.

127. Ressuscitée à l'issue du premier conflit mondial, elle tente de s'appuyer sur l'édification de la Société des Nations (S.D.N.) pour s'implanter durablement¹⁹⁶. Intimement liée au destin de la société civile et politique, son effort d'institutionnalisation s'effondre à

¹⁹² Scissions, fusions, unions et absorptions ponctuent l'histoire du mouvement syndical international ; une litanie d'acronymes quasi-jumeaux se succède tout le long du XX^{ème}. L'élément cardinal de l'histoire du mouvement syndical international ne réside pas dans l'appellation de ces syndicats mais siège dans sa sensibilité aux mouvements géopolitiques. L'intelligibilité du propos ne peut sortir renforcée d'une description exhaustive des mouvements de scission et de fusions ; dépeindre les grands mouvements du syndicalisme international suffit au propos.

¹⁹³ L'histoire renvoie à la relation, à la connaissance des faits relatifs au passé des sociétés humaines. Mais elle renvoie aussi à tout récit d'actions, d'évènements, qu'ils soient réels ou fictifs. L'histoire devient ici un conte : l'intention de l'auteur prime sur la réalité des faits (Dictionnaire de l'Académie Française, « histoire » 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

¹⁹⁴ L'association internationale des travailleurs fondée en 1864 constitue la première incarnation du syndicalisme international. Elle est autrement connue sous le nom de Première internationale (J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, *Traité de Droit du travail* (dir. G. H. CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 103 ; A.-L. FRANCIS, *Les instances internationales de représentation du personnel*, préf. B. TEYSSIE : *Lexis Nexis 2012, éd. Planète Social*, p. 51, n°67).

¹⁹⁵ Institué en 1901, le Syndicat international des centrales syndicales devient la Fédération Internationale des Syndicats (F.S.I. dite Fédération d'Amsterdam) en 1913. Il constitue la première véritable tentative de confédération syndicale internationale interprofessionnelle (A.-L. FRANCIS, *Les instances internationales de représentation du personnel*, préf. B. TEYSSIE : *Lexis Nexis 2012, éd. Planète Social*, p. 51, n°67).

¹⁹⁶ Une nouvelle organisation syndicale internationale apparaît également en 1919 : la Confédération Internationale des Syndicats Chrétiens (C.I.S.C.). Attachée à son indépendance, elle perdurera jusqu'en 2006 en changeant de dénomination en 1979 pour s'appeler la Confédération Mondiale du Travail (C.M.T.).

nouveau sous les coups de butoir des poussées totalitaires¹⁹⁷ : la seconde guerre mondiale sonne le glas du développement du mouvement syndical international.

128. À la sortie de la guerre, l'espoir d'unification donne un nouvel élan au mouvement syndical international ; une organisation syndicale internationale d'union incarne ces espérances¹⁹⁸. L'embellie n'est que de courte durée ; les prémices de la Guerre Froide marquent une forte scission du mouvement¹⁹⁹. Inféodées aux idéologies de chaque bloc, les organisations syndicales internationales ne deviennent qu'un prolongement de ces volontés politiques ; accessoires d'une lutte de blocs, elles n'en sont qu'une énième cristallisation. L'action syndicale importe moins que les victoires que représentent les adhésions d'un syndicat à l'une ou l'autre de ces organisations. Pendant 40 ans, le mouvement syndical international s'aligne sur ces mouvements géopolitiques.

129. La chute de l'empire soviétique marque un tournant. À la confrontation totale succède une volonté transcendante de s'unir ; l'union prend le pas sur les velléités idéologiques. Un paysage syndical international se dessine finalement : une organisation mondiale

¹⁹⁷ Le Professeur Verdier retrace ainsi le destin de la F.S.I. : « Réorganisée en 1919, (la F.S.I.) qui comptait 20 millions d'adhérents en 1920, n'obtint pas de siéger à la S.D.N. mais collabora avec l'O.I.T. et vit ses effectifs diminuer à partir de l'avènement des régimes fascistes et national-socialistes » (J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 108).

¹⁹⁸ Héritière de la F.S.I., la Fédération Syndicale Mondiale (F.S.M.) naît le 8 octobre 1945 à Paris à l'issue de son congrès constitutif. Symbole de la « recherche de l'unité » selon la formule du Professeur Verdier (J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 108), sa création suscite une incontestable vague d'espoir : « la Fédération Syndicale Mondiale représente une force d'unification et de solidarité internationale, fondée sur une phénomène sociale qui est l'un des plus caractéristiques de notre siècle : le phénomène syndical » (C. CHAUMONT, La Fédération syndicale mondiale et l'Organisation des Nations Unies : *Dr soc.* 1947, p. 328).

¹⁹⁹ « L'éclatement fut provoqué par l'obtention de la majorité au sein de l'organisation, à la suite de l'établissement des démocraties populaires en Europe Centrale et Orientale, par les syndicats Soviétiques et ceux des pays de l'Est, qui prirent parti contre la politique occidentale notamment contre le Plan Marshall, et furent accusés de vouloir dominer et politiser la F.S.M. Les syndicats britanniques, le C.I.O (Congress of Industrial Organisations) américain et d'autres s'en retirèrent et constituèrent en 1949 la Confédération Internationale des Syndicats Libres (C.I.S.L.) » (J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 108).

interprofessionnelle (**Sous-section 1**) émerge et des fédérations syndicales internationales persévèrent (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Une organisation mondiale interprofessionnelle

130. La Confédération Syndicale Internationale²⁰⁰. Née de la fusion d'organisations syndicales internationales²⁰¹, la Confédération Syndicale Internationale (C.S.I.) voit le jour en 2006. Une double volonté guide sa création. La C.S.I. se conçoit comme une façon de « *tourner la page de la division syndicale et refonder un internationalisme syndical unifié (...)* »²⁰². Elle est également pensée comme une réponse « *aux profondes mutations et au besoin de renouvellement des pratiques syndicales à l'échelle internationale* »²⁰³.

131. La C.S.I. aspire à la réalisation d'objectifs aussi vastes que la défense et la promotion de tous les travailleurs et de toutes les travailleuses, sans aucune distinction ; la promotion de la croissance et de la force du mouvement syndical indépendant et démocratique ; la constitution d'une force de contrepouvoir dans l'économie mondiale, destinée à assurer une

²⁰⁰ Si la F.S.M. subsiste juridiquement, et tente de rappeler « *qu'elle n'est pas morte* » (V. les déclarations de l'Antenne Française de la F.S.M. : <http://antennefranc.fsmwftu.free.fr/spip/>), elle ne possède plus aucun poids sur la scène syndicale internationale. Les chiffres qu'elle avance en terme d'adhérents sont teintés de suspicion (la F.S.M proclame réunir 86 millions de membres dans 120 pays du monde. Il est impossible de vérifier la véracité de cette allégation : <http://www.wftucentral.org/?language=fr>). Elle demeure fortement marquée idéologiquement ; le regain des poussées hégémoniques russes lui offre l'occasion de proclamer une nouvelle fois sa fidélité à la cause anti-impérialiste, reliquat des années de Guerre Froide (V. Déclaration de la F.S.M sur les récents développements en Ukraine : « *Le nouveau gouvernement ukrainien qui est formé par des forces politiques réactionnaires et anti ouvrières, a pris le pouvoir avec le soutien des impérialistes américains et de leurs alliés. Le nouveau gouvernement est une marionnette des impérialistes, qui l'a placé au pouvoir dans le but de promouvoir des plans géopolitiques et géostratégiques précis* »). La F.S.M ne répond plus à la conception d'organisation mondiale interprofessionnelle.

²⁰¹ La C.S.I. est le fruit de la fusion entre la C.M.T. et la C.I.S.L. ainsi que de syndicats non affiliés internationalement. En octobre 2013, la C.S.I. comptait 175 853 032 membres affiliés à 325 organisations issues de 161 pays (Liste des organisations affiliées : http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/no_36_-_list_affiliates_181113-2.pdf).

²⁰² B. SAINCY, Mutations et renouvellement des pratiques sociales in Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale, dir. M. DESCOLONGES et B. SAINCY : *La Découverte*, 2006, p. 39.

²⁰³ B. SAINCY, Mutations et renouvellement des pratiques sociales in Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale, dir. M. DESCOLONGES et B. SAINCY : *La Découverte*, 2006, p. 40.

juste distribution des richesses et des revenus au sein des pays²⁰⁴. L'ambition paraît démesurée, son échec certain.

132. Un échec programmé ; un échec structurel. L'échec de la C.S.I. à s'imposer sur la scène mondiale comme un acteur incontournable du dialogue social se comprend autant par son ambition que par sa *nature* même. L'histoire nous enseigne les difficultés chroniques des organisations syndicales internationales, trop souvent vassales d'enjeux politiques²⁰⁵. Le doute plane sur la réalité de leur indépendance. L'absence d'actions concrètes de ces organisations²⁰⁶ est un révélateur critique.

133. Le nœud gordien se situe ailleurs ; il s'inscrit dans le champ d'action statutaire de l'organisation syndicale. Un syndicat peut-il simplement prétendre à défendre les intérêts d'une collectivité aussi vaste que le monde ?²⁰⁷ La finalité d'un syndicat réside dans l'action de défense du groupement qu'elle entend représenter. Celle-ci, dans le champ international, se dilue dans l'immensité des situations qu'elle entend couvrir. L'absence de frontières à l'action de la C.S.I. nuit à sa légitimité²⁰⁸. Elle l'affaiblit²⁰⁹.

²⁰⁴ Objectifs de la C.S.I. in Statuts de la C.S.I., Adoptés au congrès fondateur (Vienne, novembre 2006), amendés par le 2^{ème} congrès mondial (Vancouver, Canada, juin 2010) : <http://www.ituc-csi.org/statuts-et-reglements-de-la-csi?lang=fr>.

²⁰⁵ Cf. *supra* n°128.

²⁰⁶ Les Professeurs Gérard et Antoine Lyon-Caen notaient ainsi que ce type de « *syndicalisme est très divisé ; la coordination de l'action de confédération n'a jamais été au-delà de quelques déclarations. Il est vrai que leur analyse des entreprises transnationales est souvent divergente* » (G. et A. LYON-CAEN, Droit social international et européen : Dalloz, 1993, 8^{ème} éd., p. 60, n°76).

²⁰⁷ Le Professeur Jouannet écrit en ce sens que « *repenser l'ordre juridique international en raison des phénomènes de mondialisation est un problème qui ne se pose bien, semble-t-il, que si on tient compte de deux notions fondamentales de l'histoire de la pensée qui sont au cœur des débats les plus contemporains. Il s'agit des notions d'État souverain et de communauté humaine. Plus précisément dit peut être : la notion de communauté humaine les rassemble mais celle de communauté mondiale les disjoint* » (E. JOUANNET, L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale in *Arch. phil.*, 47. Dalloz, 2003, p. 191-232). Le propos est transposable à l'organisation syndicale internationale. L'idée d'une communauté, d'un groupement, rassemble et forme le syndicat ; l'idée d'une communauté mondiale le disjoint.

²⁰⁸ La légitimité s'entend de ce qui est fondé en droit ou de ce qui est conforme à l'équité, à la raison, aux règles établies, à la tradition (Dictionnaire de l'Académie Française, « légitimité », Tome 2 : Fayard, 2001, 9^{ème} éd.). En droit public, la notion de légitimité s'appréhende comme la « *conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement*

134. La C.S.I s'est baptisée *confédération*. Celle-ci apparaît en pratique « *comme (le) véritabl(e) organ(e) d'impulsion et de décision, les syndicats qui y sont affiliés étant souvent enfermés dans le rôle d'agent d'exécution* »²¹⁰. Appliquée à la C.S.I, la formule ne se vérifie pas ; les syndicats ne sont nullement enfermés dans un rôle d'exécutant. Loin d'entretenir des rapports de vassalité avec la C.S.I, ses syndicats adhérents demeurent libres de mener leur action. Le rôle d'une confédération apparaît incompatible avec un champ d'action mondial.

135. Illustration de l'aboutissement d'une volonté d'union, la C.S.I. ne concrétise pas cette résolution dans son action. Son échec ne relève pas nécessairement de son fait mais de sa nature. Dans sa conception actuelle, l'organisation syndicale internationale se révèle incapable de jouer un rôle déterminant au sein du dialogue social international. Elle ne peut être conçue comme un acteur salarié légitime de l'instance mondiale de représentation du personnel. Le doute est inhérent à son existence ; son rôle au sein de l'instance ne se manifeste pas comme une évidence. Les fédérations syndicales internationales, structurées autour de *professions*, offrent un modèle de stabilité plus prononcé.

Sous-section 2 : Des fédérations syndicales internationales

136. Une histoire parallèle. Au-delà des structures *traditionnelles* du droit syndical international, des structures *originales*²¹¹ ont prospéré dès le début du XX^{ème} siècle : *les Fédérations Syndicales Internationales* (F.S.I.). Descendantes des Secrétariats Professionnels Internationaux (S.P.I.)²¹², ces fédérations revendiquent leur indépendance et s'opposent à leur

et politiquement l'autorité de cette institution » (G. CORNU, « légitimité » in Vocabulaire juridique : *P.U.F.* 2011, 9^{ème} éd. p. 600).

²⁰⁹ L'on retrouve ici l'impression que la clarté des frontières constitue la source première de la représentation. Ce qui s'applique à l'acteur employeur s'applique également à l'acteur salarié (*cf. supra n°89*).

²¹⁰ B. TEYSSIÉ, Droit du travail, t. 2, Relations collectives : *Lexis Nexis*, 2012, 8^{ème} éd., p. 25, n°42.

²¹¹ La paternité de la dichotomie en droit syndical international entre les structures *traditionnelles*, les organisations interprofessionnelles mondiales, et les structures *originales*, les syndicats professionnels internationaux revient aux Professeurs Gérard et Antoine Lyon-Caen (G. et A. LYON-CAEN, Droit social international et européen : *Dalloz*, 1993, 8^{ème} éd., p. 60, n°76).

²¹² Une discordance d'appellation surgit : le professeur Verdier désigne les ancêtres des F.S.I comme les *Secrétariats Professionnels Internationaux* (S.P.I.) (J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : *Dalloz*, 1984, 2^{ème} éd., p. 108) mais les professeurs Gérard et Antoine Lyon-Caen les dénomment *Syndicats professionnels*

intégration aux confédérations mondiales interprofessionnelles²¹³. Leur histoire s'écrit en parallèle de ces confédérations. Des porte-étendards encouragent le développement de ces fédérations *professionnelles* ; la Fédération Internationale des Ouvriers sur Métaux (F.I.O.M), la Fédération Internationale des travailleurs de la Chimie (I.C.F.) et l'Union Internationale des Travailleurs de l'Alimentation (U.I.T.A.)²¹⁴ forment un trio reconnu sur la scène syndicale mondiale.

137. Appréhendées comme un des outils les plus efficaces de l'action syndicale internationale²¹⁵, les F.S.I ont contribué à l'émergence de *conseils syndicaux* d'entreprise ou de secteurs. Existant à l'échelle européenne²¹⁶ et mondiale, la fonction de ces conseils « *n'est pas d'emblée de déclencher des conflits internationaux et de les diriger d'un plan international centralisé. Sa première tâche est d'assurer et échanger l'information relative à la situation sociale et économique du groupe (...)* »²¹⁷. La F.I.O.M s'est illustrée en encourageant la constitution de tels conseils²¹⁸ dès les années 1950. Leur édification marque

internationaux (G. et A. LYON-CAEN, Droit social international et européen : Dalloz, 1993, 8^{ème} éd., p. 60, n°76). L'on préférera la première dénomination à la seconde (V. notamment le site de la CGT qui évoque les *Secrétariats professionnels internationaux* dans ses dates clés du syndicalisme international : <http://www.cgt.fr/Les-dates-cles-du-syndicalisme.html> ; V. également Gaspard Espéret établissant la création des *Secrétariats professionnels internationaux* en 1889 : G, ESPÉRET, L'évolution actuelle du syndicalisme international in *Politique étrangère* n°4-5, 1965, 30^{ème} année, p. 444).

²¹³ J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 108.

²¹⁴ La F.I.O.M. est née en 1904, suivie de l'I.C.F. en 1908 et l'U.I.T.A. en 1920 (dont le nom complet est l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation, de l'agriculture, de l'hôtellerie-restauration, du tabac et des branches connexes).

²¹⁵ J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2^{ème} éd., p. 111.

²¹⁶ V. G. LYON-CAEN, Négociation et convention collective au niveau européen (Deuxième partie, la convention collective retrouvée) : *RTD Eur.* 1974, p. 1-30.

²¹⁷ P. RODIÈRE, La convention collective de travail en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle, Volume XIII : *Litec*, 1987, p. 216, n°319.

²¹⁸ Charles Levinson relate ainsi la contribution majeure de la F.I.O.M. à la création de ces conseils. « *L'idée (de les) établir pour Ford et pour General Motors avait été adoptée dès 1956, à Paris, par la conférence des travailleurs de l'automobile membres de l'IMF (F.I.O.M.) ; ce fut chose faite en juin 1966 pour les personnels de ces deux marques, ainsi que pour ceux de Chrysler. En novembre de la même année était créé le conseil mondial Volkswagen-Mercedes et, deux ans plus tard, celui de Fiat-Citroën, puis d'autres encore* » (C. LEVINSON, Le contre-pouvoir multinational, La riposte syndicale : *Seuil*, 1973, p. 96).

une conscience précoce des acteurs salariés de la nécessité d'accompagner le mouvement de globalisation. Mais, conçus comme des contre-pouvoirs à la mondialisation²¹⁹, la nature ambivalente des F.S.I freine leur développement.

138. Une nature ambivalente. Les F.S.I. regroupent les syndicats nationaux d'une *branche* industrielle²²⁰. À l'image des branches nationales, l'objectif de ces fédérations tend à une harmonisation des normes de travail et des régimes sociaux dans les entreprises exerçant leur activité dans plusieurs pays²²¹. Si la notion de branche apparaît impénétrable²²², ses *frontières* peuvent être perçues avec une certaine clarté. Les F.S.I. s'appuient sur la notion de branche pour asseoir leur action ; celle-ci aurait pu rester confinée à l'intérieur de ses limites. En tentant de se dresser en contre-pouvoir des entreprises transnationales, et en érigeant cet objectif comme le fondement de leur action, les F.S.I ont dépassé leur vocation originelle. D'une action de branche aux frontières délimitées, elles basculent à une action mondiale. Leur vocation universaliste proclamée dilue ses frontières ; elle affaiblit leur légitimité. La nature ambivalente des F.S.I dessert *in fine* leur force syndicale²²³.

139. Conclusion de section. Organisation mondiale interprofessionnelle et fédérations syndicales internationales apparaissent à la fois trop ambitieuses et fragiles pour s'affirmer comme des acteurs salariés pérennes de l'instance mondiale de représentation du personnel²²⁴. La légitimité de leur présence comme acteurs de l'instance mondiale est mise en doute. Les

²¹⁹ Charles Levinson qualifie ces conseils de « riposte syndicale » ; ils constituent le « cœur » de leur contre-attaque (C. LEVINSON, *Le contre-pouvoir multinational, La riposte syndicale : Seuil, 1973*).

²²⁰ P. RODIÈRE, *La convention collective de travail en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle, Volume XIII : Litec, 1987, p. 216, n°318*.

²²¹ La recherche d'une concurrence « loyale » sous-tend l'existence de ces branches : V. J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : Dalloz, 1984, 2ème éd., p. 111*.

²²² V. L. DAUXERRE, *Contribution à l'étude de la branche professionnelle : JCP S 2010, 1038* ; J. BARTHÉLÉMY, *Représentativité patronale et notion de branche : Dr. soc. 2014, p. 207*.

²²³ Les Professeurs Antoine et Gérard Lyon-Caen notaient dès 1993 « une indéniable stagnation de ces organisations originales » (G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen : Dalloz, 1993, 8ème éd., p. 61, n°76*).

²²⁴ Rémi Dupiré expose ainsi que « parvenir à instaurer une représentativité syndicale légitime en matière internationale relève donc, à ce stade de notre histoire de l'utopie » (R. DUPIRÉ, *Repenser la négociation collective transnationale : JCP S 2013, 1472*).

organisations syndicales possèdent une telle légitimité. Mais le recours, dans le cadre *mondial*, à leur représentativité nationale introduit un doute.

Section 2 : Un doute légitime : le recours à la représentativité nationale

140. La notion de représentativité syndicale²²⁵. La représentativité est une notion à multiples facettes ; à la regarder sous un certain angle, par un certain prisme, et l'on découvrira des causes et des conséquences fondamentalement différentes. Politique et histoire, philosophie et philosophie politique, droit et philosophie du droit tentent de ramener dans leur giron la notion volatile. Étudiée sous l'angle du droit du travail, et plus précisément dans le domaine des relations professionnelles, la notion de représentativité se précise. Pour un auteur, elle « désigne l'aptitude d'un syndicat à exprimer les intérêts collectifs d'un groupe professionnel, que l'on suppose par ailleurs aussi homogènes que ceux de la collectivité nationale dans la théorie de la souveraineté républicaine »²²⁶. Pour un autre, la représentativité apparaît, « dans un contexte marqué du sceau du pluralisme syndical, comme un mode d'habilitation et un mode de sélection des organisations les plus aptes à représenter les salariés ou les employeurs »²²⁷.

141. La représentativité syndicale constitue une *conséquence* et une *cause*. Elle est la *conséquence* d'un *processus* de désignation, par des critères définis, des syndicats habilités à représenter un groupement d'individus. Elle est aussi la *cause* d'une négociation collective²²⁸

²²⁵ L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIÉ, *PUAM*, 2005 ; V. dans le JCP S 2012, 1232 les publications issues du colloque organisé le 16 mai 2012 par le Laboratoire de droit social de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) sur le thème : « Le nouveau droit syndical : premier bilan (2008-2012) ».

²²⁶ U. REHFELDT, La représentativité : Dimensions politiques et historiques du débat théorique : *Chronique Internationale de l'IRES n°66 – septembre 2000*, p. 11.

²²⁷ Lydie Dauxerre s'appuie elle-même sur les travaux du Professeur Arseguel (A. ARSEGUEL, « La représentativité des syndicats » in *Le syndicalisme salarié*, Dir. B. LARDY-PÉLISSIER : *Dalloz*, 2002, p. 7 et spéc. p. 8) pour qualifier la représentativité de mode d'habilitation et de sélection (L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIÉ : *PUAM*, 2005, p. 260, n°369).

²²⁸ À titre d'exemple, en France, seuls les syndicats représentatifs peuvent négocier des conventions ou accords collectifs de travail. Ainsi le Code du travail dispose que « la convention est conclue entre, d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou

et d'un dialogue social crédible et légitime. Sans ce « label »²²⁹, les organisations syndicales apparaissent diminuées dans le rapport de force qu'introduit nécessairement une négociation²³⁰. Conséquence et cause, la représentativité syndicale est « *incontestablement un instrument majeur du dialogue social. Elle en constitue même un véritable moteur* »²³¹.

142. L'intérêt du recours aux syndicats nationaux représentatifs. L'intérêt du recours aux syndicats nationaux représentatifs résulte de la légitimité d'ores et déjà reconnue de leur représentation. Les coopter²³² comme acteurs salariés de l'instance mondiale de représentation du personnel relève de la sûreté juridique. Le droit se plaît à imaginer une voie fortifiée de toute part ; il aime se figurer un tracé balisé. L'accord transnational génère des inquiétudes. Sa valeur et son opposabilité demeurent incertaines. Les organisations syndicales nationales représentatives surgissent à la rescousse. En participant à sa transposition, elles transforment cet acte juridique à la valeur juridique chancelante, en droit interne, en un acte relevant d'une catégorie juridique précisément identifiée²³³. Le recours à la représentativité syndicale rassure.

de l'accord et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement » (art. L. 2231-1 C. trav.) ; V. également G. VACHET, J-Cl, *Travail-Traité, Fasc. 1-32 : Négociation, Convention et Accord Collectif. – Conclusion.*

²²⁹ L'expression est de Lydie Dauxerre (L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument de dialogue social*, préf. B. TEYSSIÉ : PUAM, 2005, p. 260, n°369).

²³⁰ « *La négociation collective est un art. Elle est aussi une science : celle de l'organisation, sur un mode contractuel, des rapports sociaux* » (G. COUTURIER, F. FAVENNEC-HÉRY, A. MAZEAUD, J.-M. OLIVIER, B. TEYSSIÉ, *La négociation collective, Introduction : éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 8*). Elle est la traduction, dans son fruit, d'un rapport de forces.

²³¹ L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument de dialogue social*, préf. B. TEYSSIÉ : PUAM, 2005, p. 337, n°471. La représentativité se manifeste comme un *outil* du dialogue social ; il peut être utilisé et appréhendé par différentes mains (partenaires sociaux et législateur) et contribue à façonner un dialogue social perfectionné.

²³² La cooptation est le procédé d'élection qui consiste à faire choisir les nouveaux membres d'une assemblée, d'un corps constitué, par ceux qui en font déjà partie (Dictionnaire de l'Académie Française, « cooptation », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>). L'organisation d'instances mondiales de représentation du personnel ne fait l'objet d'aucune contrainte. Le réceptacle de l'instance, l'entreprise transnationale, se révèle libre de coopter son pendant : l'acteur salarié. L'éventuel choix des organisations syndicales nationales représentatives comme acteurs salariés relève alors d'un choix de l'acteur employeur.

²³³ Ainsi, le Professeur Teyssié note que la transposition d'un accord transnational « *sera assurée par le jeu d'actes à caractère national, correspondant chaque fois à une catégorie juridique connue, source d'effets obligatoires pour l'ensemble des parties, voire au-delà* ». Ce mécanisme est utilisé pour la mise en œuvre

143. Le doute et le recours à la représentativité nationale. Pourtant, lorsque l'instance mondiale se façonne par le recours à la représentativité syndicale, un doute jaillit à propos de la représentation salariée. La représentativité syndicale est une notion *nationale* (**Sous-section 1**) ; elle se situe aux antipodes de la nature *mondiale* de l'instance. La représentativité syndicale introduit un intermédiaire dans la représentation des salariés (**Sous-section 2**) ; elle complique d'autant un mécanisme qui doit s'asseoir sur une représentation simplifiée au maximum.

Sous-section 1 : La représentativité syndicale : une notion nationale

144. Aux origines de la notion de représentativité. Dans une contradiction apparente, et initiale, la notion de représentativité germe de l'esprit du législateur social transnational : l'O.I.T. Par la conclusion du traité de Versailles²³⁴, les gouvernements sont chargés de désigner des représentants non gouvernementaux participant, aux côtés des représentants des États, à la Conférence générale annuelle de l'organisation. Ces représentants doivent être désignés « *d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives* (nous soulignons), *soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent* »²³⁵. L'O.I.T. n'impose pas de définition de la représentativité ; il renvoie la question aux gouvernements nationaux²³⁶.

d'accords conclus avec des instances transnationales de représentation du personnel comme les accords conclus par Ford ou General Motors (B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz 2008*, p. 826 ; souligné également par R. DUPIRÉ *in* Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013*, 1066).

²³⁴ Signée symboliquement à Versailles, le 28 juin 1919, la paix apparaît aux Allemands comme un *Diktat*. Les années 1919 et 1920 connaissent la conclusion de multiples traités : le traité de Versailles, signé le 28 juin 1919, le traité de Saint-Germain-en-Laye signé le 10 septembre 1919, le traité de Trianon du 4 juin 1920 ou encore le traité de Sèvres du 11 août 1920. L'après-guerre témoigne de la croyance des bienfaits universels de la démocratie et aboutit à la création d'une Société des Nations (S. BERSTEIN, P. MILZA, Histoire du XX^{ème} siècle, Tome 1, 1900-1945, la fin du « monde européen » : *Hatier, coll. Initial, 1996*, p. 105). La création d'organisations syndicales internationales est une pierre ajoutée à cet édifice (*cf. supra n°128*). La société internationale s'éveille.

²³⁵ Article 389 du Traité de Versailles : « *La Conférence générale des représentants des Membres tiendra des sessions chaque fois que besoin sera et, au moins, une fois par an. Elle sera composée de quatre représentants*

145. La représentativité : une prérogative du législateur. Outil de sélection des syndicats habilités à mener²³⁷ la négociation, la représentativité se manifeste comme une prérogative du législateur *national*. De la sélection des organisations syndicales aptes à participer au dialogue social découle une source de stabilité pour ce dernier. Seul le législateur personnifie la légitimité démocratique pour définir les critères de représentativité d'une organisation syndicale ; « *lui seul incarne la souveraineté nationale* »²³⁸. Le dialogue social construit la démocratie sociale²³⁹. Celle-ci n'est qu'un prolongement de la démocratie politique. Elle constitue l'expression d'un choix de modèle social : un choix national.

146. La fonction de la représentativité relève du « vérificateur »²⁴⁰ : l'État s'assure de la légitimité d'une organisation syndicale à se fondre dans le dialogue social. La représentativité est l'instrument du législateur pour *vérifier sa légitimité*. Cette quête de légitimité est permanente²⁴¹ ; elle jalonne le choix des critères de représentativité.

de chacun des Membres, dont deux seront les délégués du Gouvernement et dont les deux autres représenteront respectivement, d'une part les employeurs, d'autre part les travailleurs ressortissant à chacun des Membres.

Chaque délégué pourra être accompagné par des conseillers techniques dont le nombre pourra être de deux au plus pour chacune des matières distinctes inscrites à l'ordre du jour de la session. Quand des questions intéressant spécialement des femmes doivent venir en discussion à la Conférence, une au moins parmi les personnes désignées comme conseillers techniques devra être une femme.

Les Membres s'engagent à désigner les délégués et conseillers techniques non gouvernementaux, d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives, soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent ».

²³⁶ U. REHFELDT, La représentativité : Dimensions politiques et historiques du débat théorique : *Chronique Internationale de l'IRES n°66 – septembre 2000, p. 10.*

²³⁷ Du côté salarial tout du moins.

²³⁸ L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIÉ : *PUAM, 2005, p. 538, n°745.*

²³⁹ L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIÉ : *PUAM, 2005, p. 538, n°745.*

²⁴⁰ Udo Rehfeldt énonce « *qu'avant de donner une efficacité juridique immédiate et générale aux conventions négociées par des associations privées, l'État doit cependant s'assurer que ces associations représentent effectivement l'intérêt collectif des groupes sociaux pour lesquels elles prétendent agir. C'est cette fonction de vérification que le concept de « représentativité » introduit* » (U. REHFELDT, La représentativité : Dimensions politiques et historiques du débat théorique : *Chronique Internationale de l'IRES n°66 – septembre 2000, p. 11.*)

²⁴¹ B. TEYSSIÉ, 2008-2012, les syndicats, le législateur et le juge : *JCP S 2012, 1232, n°4* (publication issue du colloque organisé le 16 mai 2012 par le Laboratoire de droit social de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) sur le thème : « Le nouveau droit syndical : premier bilan (2008-2012) »).

147. La représentativité : une vision par région. Prérogative du législateur, la représentativité est une notion aussi variable que le modèle social qui l'abrite. Elle varie au grès de la conception du syndicalisme²⁴² et de la place conférée à la négociation collective dans un pays²⁴³. La France a récemment transformé ses critères de représentativité en érigeant l'audience électorale en critère matériellement prépondérant²⁴⁴. D'autres pays, au nombre desquels l'Allemagne, la Suède ou le Danemark, ne définissent, ni ne connaissent, la représentativité. La constitution du syndicat suffit à la reconnaissance de sa capacité à négocier²⁴⁵. Absente de pays expérimentant le pluralisme syndical, la représentativité l'est

²⁴² Cette conception du syndicalisme et de l'exercice du droit syndicat, « *en raison des implications politiques qui en découlent, reste (...) très différemment apprécié d'une culture à l'autre* » comme le note Rémi Dupiré (R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S* 2013, 1066).

²⁴³ Ces variations substantielles puisent leurs origines dans la diversité des problèmes que soulève la représentativité syndicale. « *Elle touche au cœur de l'évolution des systèmes de relations professionnelles dans tous ses aspects, aux formes du syndicalisme, au statut de la négociation collective ainsi qu'aux philosophies politiques et aux doctrines juridiques qui en constituent le ciment idéologique* » (U. REHFELDT, La représentativité : Dimensions politiques et historiques du débat théorique : *Chronique Internationale de l'IRES n°66 – septembre 2000, p. 10*). Le juriste est candide s'il espère que la notion de représentativité soit uniforme. « *Voilà comme on juge de tout quand on n'est pas sorti de son pays* » (VOLTAIRE, *Candide : GF Flammarion, éd. 2006, Chapitre Onzième, p. 171*).

²⁴⁴ Par la loi du 20 août 2008 (L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF n° 0194, 21 août 2008, p. 13064*), le législateur français a modifié les critères de représentativité. Le Code du travail impose désormais le respect de sept critères pour accéder à la représentation : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation (cette ancienneté s'apprécie à compter de la date du dépôt légal des statuts), l'audience établie selon les niveaux de négociation, l'influence (prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience), les effectifs d'adhérents et les cotisations (art. L. 2122-1 C. trav.). Si la Cour de Cassation érige les trois premiers critères comme relevant d'une appréciation autonome et permanente (Cass. soc. 14 nov. 2013, n°12-29.984 : *JCP E* 2014, 1013), la pratique démontre que le critère de l'audience est matériellement le critère déterminant.

²⁴⁵ Le critère de la représentativité est écarté. La vérification de la légitimité de l'organisation à se fondre dans le dialogue social se situe *a priori* ; le curseur siège dans les conditions liées à la création du syndicat (A. HEGE, La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement : *Chronique Internationale de l'IRES n°66 – septembre 2000, p. 115*).

également, par essence, des États connaissant l'*unicité* syndicale. Il en va ainsi de la Chine²⁴⁶ mais aussi de l'Autriche²⁴⁷.

148. La notion de représentativité ne revêt pas la même signification d'un pays à l'autre. Volatile, elle se pare d'atouts différents²⁴⁸ dans les pays pouvant composer l'instance mondiale de représentation du personnel. Réserver en son sein la fonction d'acteurs salariés aux organisations syndicales représentatives à l'échelle nationale c'est admettre que des critères *nationaux* valent à l'échelle *mondiale* ; c'est conférer à un État la prérogative de déterminer les critères de représentativité et, par là-même, l'idée de représentation à l'échelle transnationale. Le *doute* s'ancre dans le raisonnement. L'instance qui se veut détachée des cadres nationaux s'amarre désespérément aux ports nationaux. Pourtant, la fonction de « vérificateur »²⁴⁹, inhérente à la notion de représentation, ne joue que dans son périmètre de création. Le doute se drape des habits de la déstabilisation : la légitimité de la notion de représentativité se conjugue difficilement à l'instance mondiale de représentation du personnel.

149. La représentativité syndicale constitue une notion nationale. Sa transposition à l'instance mondiale par la présence d'acteurs syndicaux²⁵⁰ fait naître un doute quant à la

²⁴⁶ R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013, 1066*.

²⁴⁷ L'Autriche ne connaît qu'un seul et unique syndicat de salarié : l'ÖGB (Österreichischer Gewerkschaftsbund). Christian Dufour constate ainsi que « *l'unicité syndicale est un état de fait qui s'est imposé en 1945, lorsque que l' ÖGB s'est formé, préalablement à toutes les autres organisations syndicales moins englobantes* » (C. DUFOUR, l'Autriche, encore une représentation corporatiste ? : *Chronique Internationale de l'IREs n°66 – septembre 2000, p. 38*). L'Autriche démontre que l'unicité syndicale n'est pas le monopole des régimes autoritaires.

²⁴⁸ « *Certaines organisations représentatives (syndicales et, de façon symétrique, patronales) disposent d'une grande autonomie dans l'élaboration des normes salariales ; d'autres doivent s'incliner devant la souveraineté politique ou législative. Ici, les organisations exercent un pouvoir de contrôle et de coordination de la négociation du haut vers le bas ; là, des arbitrages locaux se diffusent de façon plus ou moins informelle et plus ou moins imparfaite* » (A. HEGE, La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement : *Chronique Internationale de l'IREs n°66 – septembre 2000, p. 115*).

²⁴⁹ Cf. *supra* n°146.

²⁵⁰ Les acteurs syndicaux incarnent la représentativité : ils en sont son expression et sa finalité. Le premier conflit relatif à la représentativité a d'ailleurs porté sur la désignation d'un représentant syndical à la troisième session de la Conférence internationale du travail. La Cour de la Haye avait été saisie du point de savoir si un délégué ouvrier des Pays-Bas à cette session avait été désigné conformément aux dispositions du paragraphe 3 de

légitimité de leur participation à l'instance ; celle-ci devient chancelante. La représentativité syndicale, notion nationale, mène à l'introduction d'un corps intermédiaire dans la représentation ; il ajoute une strate.

Sous-section 2 : La représentativité syndicale : un intermédiaire impossible

150. Aux origines de la notion d'intermédiaire. L'intermédiaire est celui qui se loge entre deux éléments ; il forme une transition entre eux²⁵¹. L'intermédiaire est polymorphe ; généreux, il accourt pour offrir ses services gracieux ; intéressé, son recours entraîne rétribution²⁵². Dans un rapport direct, l'intermédiaire ajoute une nouvelle variable. De facilitateur du rapport initial, sa partition peut doucement glisser à l'opposition. Indispensable, l'intermédiaire se révèle parfois superflu ; la nécessité de sa présence n'est qu'une illusion.

151. L'intermédiaire syndical : le remède du salarié. Dans l'entreprise, le salarié se conçoit comme la partie faible du contrat le liant à l'employeur. Les intérêts divergents de ces deux parties, conjugués à une subordination à sens unique, justifient l'intervention d'une tierce personne : le syndicat²⁵³. Celui-ci « *tempère la subordination juridique qui caractérise le contrat de travail* »²⁵⁴. Il amène l'équilibre entre la collectivité des travailleurs et l'employeur. Appuyée sur ce postulat, la mission du syndicat étend son empire. Afin d'assurer

l'article 389 du Traité de Versailles (*cf. supra n°144*) (L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIÉ : PUAM, 2005, p. 260, n°370).

²⁵¹ Dictionnaire de l'Académie Française, « intermédiaire », 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

²⁵² Dans un sens commercial, l'intermédiaire est « celui qui, dans un circuit commercial, intervient entre le fabricant et le détaillant » (Dictionnaire de l'Académie Française, « intermédiaire », 2^{ème} sens, 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

²⁵³ « *La subordination ne fait pas du salarié un incapable. Elle peut toutefois susciter son auto-refrènement. La liberté syndicale antidote cette particularité du contrat de travail. Certains critères de la représentativité syndicale (mais qui peuvent être regardés comme des qualités inhérentes à tout syndicat) en témoignent. L'indépendance et l'influence du syndicat neutralisent la dépendance du salarié à l'égard de l'employeur et son impuissance (relative) à établir un rapport contractuel équilibré. Elles restaurent (en fait) l'égalité contractuelle. La fiction civiliste gagne en acceptabilité* » (G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : thèse dactyl. Paris II, 2014 (à paraître) ; V. également G. BORENFREUD, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc.* 1991, p. 685.

²⁵⁴ G. BORENFREUD, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc.* 1991, p. 685.

une certaine harmonie, il doit compter sur des armes tranchantes ; ainsi sa capacité de négocier accords et conventions collectifs. Convaincu de sa spécificité, la mission du syndicat balaie l'institution classique de la représentation²⁵⁵.

152. L'intermédiaire syndical : un agent double. L'intermédiaire syndical est un agent double. Sa partition est délicate. Son premier écho se distingue dans sa fonction initiale, son existence première. Le syndicat, confédération, fédération ou union, possède dans son fondement l'idée de représenter²⁵⁶ les salariés. Dès son origine il se veut un intermédiaire. Il intervient dans sa globalité sans revendiquer d'implantation particulière. « *La représentation est alors utilisée comme une institution intermédiaire entre les collectivités de salariés et l'État* »²⁵⁷. Sa partition s'exécute dans la *sphère publique*. Mais ses murmures atteignent aussi l'entreprise. L'intermédiaire devient alors un agent double ; il relaie les revendications des travailleurs auprès de l'employeur ; il profite de sa présence dans l'entreprise pour lier les travailleurs et son syndicat pris dans son ensemble. Sa musique s'entend dans la *sphère privée* de l'entreprise. L'harmonie qui émane de ses fonctions est complexe.

153. L'intermédiaire syndical en crise : une maturation délicate. L'intermédiaire est en crise. Lorsqu'un groupement défend l'empire de sa légitimité sur la masse de ses adhérents, il s'expose. Des changements économiques et sociologiques profonds bousculent ses certitudes. Le doute s'immisce sur sa capacité de représentation²⁵⁸. La chute du taux de syndicalisation²⁵⁹ fait vaciller les forteresses syndicales²⁶⁰.

²⁵⁵ Le professeur Gauriau écrit ainsi que « *la représentation collective n'est pas une représentation légale ou judiciaire (...)* ; si les délégués sont des intermédiaires dans le dialogue social, ils ne sont pas légalement perçus comme des représentants des salariés au sens que revêt habituellement ce terme en droit. Dans la quasi totalité de ces hypothèses, la représentation légale est appréhendée sur un plan individuel et non sur le plan collectif » (B. GAURIAU, La représentation collective in Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : éd. Panthéon-Assas 2009, p. 62).

²⁵⁶ Et donc, par là-même, l'idée d'être un intermédiaire. Cf. *supra* n°125 sur la notion de syndicat.

²⁵⁷ G. BORENFREUD, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc.* 1991, p. 685.

²⁵⁸ A. HEGE, La représentativité syndicale, état des lieux, interrogations : *Chronique Internationale de l'IRES* n°66 – septembre 2000, p. 5.

²⁵⁹ V. http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=UN_DEN&Lang=fr.

²⁶⁰ A. HEGE, La représentativité syndicale, état des lieux, interrogations : *Chronique Internationale de l'IRES* n°66 – septembre 2000, p. 5.

154. L'intermédiaire syndical : enfant de la représentativité. L'intermédiaire syndical naît de la représentativité ; l'organisation syndicale devient un intermédiaire effectif dans l'entreprise par son accession à cette qualité. Si la représentativité est une notion nationale²⁶¹, son enfant l'est également. Marqué par ce sceau, l'intermédiaire ne se défait qu'avec difficultés des conditions qui l'ont amené à exister. La sortie de son cadre de naissance s'effectue péniblement et le voyage européen constitue une source d'inquiétudes. Notion hétéroclite, la représentativité transnationale implique la découverte de critères communs à une notion qui les ignore. « *La diversité des pratiques nationales en matière de représentativité syndicale (sans compter les situations dans lesquelles ce concept n'est point reçu, tout syndicat étant porteur d'une part de représentativité et aucune distinction ne devant en conséquence, sur cette base, être opérée) imposer d'aller prudemment vers un modèle européen en ce domaine* »²⁶².

155. Le voyage européen cristallise ces inquiétudes. Schizophrène, la représentativité syndicale européenne se dédouble ; elle oscille de légale au temps de la consultation²⁶³ à conventionnelle au temps de la conclusion de l'accord²⁶⁴. Cette représentativité est légale au temps de la consultation par l'intervention de la Commission européenne. Celle-ci édicte elle-même les éléments d'identification de la représentativité et la liste des organisations représentatives²⁶⁵. Elle est conventionnelle au temps de la conclusion de l'accord par un jeu

²⁶¹ Cf. *supra* n°144 s.

²⁶² B. TEYSSIÉ, La représentativité syndicale en droit communautaire *in* De tous horizons, Mélanges Blanc-Jouvan : *Sté de législation comparée*, 2005, p. 371.

²⁶³ Le droit primaire européen impose à la Commission une consultation préalable « *des partenaires sociaux avant de présenter les propositions dans le domaine de la politique sociale consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union* » (art. 154§2 T.F.U.E). « *Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action de l'Union est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant une recommandation* » (art. 154§3 T.F.U.E).

²⁶⁴ Le traité prévoit que « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords* » (art. 155§1 T.F.U.E). Dans un deuxième temps, il organise la mise en œuvre de cet accord qui « *intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États Membres, soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission* » (art. 155§2 T.F.U.E.).

²⁶⁵ La Commission européenne s'en est tenue, pour édicter ses critères, et déterminer les organisations représentatives, à une communication de 1993 (COM (93), 600 final, du 14 déc. 1993 concernant la mise en

de reconnaissance mutuelle²⁶⁶, « la représentativité reconnue par la Commission ne (valant) que pour les opérations qu'elle conduit elle-même (...) »²⁶⁷. Prudent, le juge européen dépasse cette dichotomie et exige une représentativité cumulée suffisante au temps de la reprise de l'accord par la norme européenne²⁶⁸.

156. Hybride, la représentativité européenne ne constitue qu'une métonymie de l'ordonnement juridique de l'Union ; fruit de compromis permanent, sa nature est scindée en deux temps avant d'être contrôlée *a posteriori*. Tentant l'impossible, la représentativité européenne essaye de contenter des traditions nationales antagonistes²⁶⁹. L'accord collectif,

œuvre du Protocole sur la politique sociale, p. 16). Réaffirmée à trois reprises en 1996 (COM (96), 448 final, du 18 sept. 1996 concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire, p. 12 et s.), en 1998 (COM (1998), 322 final du 20 mai 1998, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, p. 6.) et en 2002 (COM (2002), 341 final du 26 juin 2002, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, p. 9) la Commission n'a jamais abandonné « l'outil » de la communication pour fixer des critères affectant le « cœur » de la démocratie sociale européenne. Pour une étude détaillée de ces critères, V. B. TEYSSIÉ, La représentativité syndicale en droit communautaire *in* De tous horizons, Mélanges Blanc-Jouvan : *Sté de législation comparée*, 2005, p. 374 et s.

²⁶⁶ Les partenaires sociaux européens se reconnaissent mutuellement le droit, entre organisation d'employeurs et de salariés, d'être représentatifs et ainsi de conclure un accord. Le risque d'un dialogue social sclérosé existe ; en se découvrant représentatifs entre eux, les partenaires sociaux européens sont tentés de bannir leur concurrent des terres de la représentativité européenne conventionnelle.

²⁶⁷ B. TEYSSIÉ, La représentativité syndicale en droit communautaire *in* De tous horizons, Mélanges Blanc-Jouvan : *Sté de législation comparée*, 2005, p. 378.

²⁶⁸ TPI, 17 juin 1998, aff. T. 135/96, UEAPME c/Conseil de l'Union européenne, point 89 et s. : « *En revanche, la seconde procédure visée aux articles 3, paragraphe 4, et 4 de l'Accord (art. 155§2 TFUE) ne prévoit pas l'intervention du Parlement européen. Or, le respect du principe de la démocratie, sur lequel l'Union est fondée, requiert — en l'absence de participation du Parlement européen au processus d'adoption d'un acte législatif — que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux ayant conclu l'accord auquel le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, confère une assise législative au niveau communautaire. Pour contrôler le respect de cette exigence, il incombe à la Commission et au Conseil de vérifier la représentativité des partenaires sociaux concernés* ».

Cet examen leur impose de vérifier si, au regard du contenu de l'accord en cause, les partenaires sociaux signataires de ce dernier ont une représentativité cumulée suffisante (nous soulignons) ».

²⁶⁹ Le Professeur Teyssié écrit ainsi que « deux logiques s'affrontent chacune nourrie de traditions nationales antagonistes portées tantôt à proclamer la primauté absolue de la loi (...), tantôt à affirmer le rôle éminent du contrat (...) » (B. TEYSSIÉ, L'accord collectif de niveau communautaire *in* Mélanges Decoq : *Litec*, 2004, p. 567).

effet ultime de l'organisation de la représentativité, ressent les conséquences de cet arbitrage bancal. Lorsqu'il n'est pas repris par une norme européenne particulière, l'accord ne constitue qu'un contrat de droit privé « *relevant du droit commun des obligations, donc porteur d'effets obligatoires entre les parties... mais entre elles seulement* »²⁷⁰. Le voyage européen de la représentativité syndicale n'incite pas à pousser l'excursion au-delà. L'intermédiaire syndical s'y retrouve souvent désarmé ; les circonstances le contraignent à demander l'appui des seules autorités qu'il peut apercevoir à ce niveau. Le doute sur la légitimité de son action et de sa présence est à chaque tournant.

157. Le doute dans la représentation. Recourir à la représentativité nationale pour peupler les rangs des acteurs salariés de l'instance mondiale de représentation du personnel relève du pari. La notion est nationale et ses rares visites au-delà de ses frontières incitent à une grande prudence. Remède du salarié dans l'entreprise *nationale*, la cause de la représentation syndicale²⁷¹ demeure « valable » à l'échelle *mondiale*. Mais son aménagement à ce niveau de représentation est une utopie ; il nuit à l'objet même de son existence. L'intermédiaire syndical est un intermédiaire impossible. L'instance mondiale requiert un effort d'imagination pour édifier son propre système de représentation du personnel : une représentation mondiale pour effacer le doute.

158. Conclusion de section. Légitimes dans leur périmètre naturel de représentation, les syndicats nationaux se construisent autour de la notion de représentativité. Celle-ci constitue une notion *nationale* ; elle ajoute une strate en s'immiscant comme intermédiaire dans la représentation. Le doute s'estompe par l'avènement d'une représentation mondiale.

²⁷⁰ B. TEYSSIÉ, L'accord collectif de niveau communautaire in *Mélanges Decoq : Litec, 2004, p. 576*.

²⁷¹ La cause de l'existence d'un syndicat se fusionnerait d'ailleurs avec son objet ; la défense des intérêts matériels et moraux des personnes visées par leur statut impliquerait une fusion de la cause et de l'objet. L'unification de ces notions « *transcende l'ensemble des règles relatives à la représentation collective des salariés* » (E. JEANSEN, La cause dans le droit de la représentation collective des salariés in *La cause en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ : éd. *Panthéon Assas, 2013, p. 146*).

Section 3 : L'effacement du doute : l'avènement d'une représentation mondiale

159. L'émancipation de la tutelle syndicale. La représentation mondiale doit se délier des attaches syndicales²⁷². La notion de représentativité contribue à déterminer, parmi une pluralité de syndicats, les organisations les plus légitimes à représenter les intérêts des travailleurs²⁷³. À l'échelle mondiale, l'absence de pluralité syndicale effective est notable²⁷⁴ ; une seule organisation mondiale interprofessionnelle émerge et si l'entreprise transnationale relève d'une branche connaissant une F.S.I, une seule organisation syndicale sera toujours présente.

160. La représentation collective des salariés n'est pas l'apanage unique de la représentation de type syndicale. Cohabite avec celle-ci la représentation de type électoral. *« La première est fondée sur l'adhésion des salariés à une organisation chargée de la défense de leurs droits et de leurs intérêts, et son cadre privilégié est la profession (branche d'activité ou métier), et non pas l'entreprise. La représentation de type électoral, au contraire, est fondée sur l'élection des représentants élus des salariés, et son cadre privilégié est l'entreprise »*²⁷⁵. La représentation mondiale au sein de l'entreprise transnationale doit se

²⁷² Anne-Lise Francis milite pour l'avènement d'une représentativité « universelle ». Celle-ci serait une représentativité « universelle » syndicale. Selon cet auteur, *« la détermination du syndicat le plus représentatif devra toujours se faire d'après des critères objectifs et préétablis, de façon à éviter toute possibilité de partialité ou d'abus (La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, §346, 347, p. 77 et 78, BUT, 5^{ème} éd. 2006) »*. L'auteur poursuit : *« l'OIT ne pourrait-elle pas, sur cette base, définir une série de critères à l'image de ceux établis par la Commission européenne pour la consultation des partenaires sociaux dans le cadre des articles 154 et 155 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ? L'occasion serait donnée d'envisager des critères de représentativité « universels » même si la diversité des pratiques nationales impose d'aller prudemment vers un modèle international en la matière »* (A.-L. FRANCIS, Les instances internationales de représentation du personnel, préf. B. TEYSSIE : Lexis Nexis 2012, éd. Planète Social, p. 55, n°77). À l'échelle européenne, et donc continentale, au sein d'un espace connaissant et expérimentant au quotidien un système politique et économique commun, les critères de représentativité diffèrent selon le temps de la procédure (cf. supra n°155). Transposée à l'échelle mondiale, dans des pays ne possédant pas nécessairement de syndicats, la représentativité « universelle » syndicale apparaît comme une chimère.

²⁷³ L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIE : PUAM, 2005, p. 260, n°369 ; A. SUPIOT, Critique du droit du travail : PUF, Quadrige, 2007, p. 143.

²⁷⁴ Cf. supra n°130 s.

²⁷⁵ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : PUF, Quadrige, 2007, p. 142.

concevoir par un autre prisme, sous un autre jour ; celui de la démocratie directe. Celle-ci est présente dans le cercle de l'entreprise (**Sous-section 1**) et légitime le recours à une représentation directe (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : La démocratie dans le cercle de l'entreprise

161. Retour vers le futur²⁷⁶. Considérer que la démocratie peut s'épanouir dans le cercle de l'entreprise revient à estimer que l'entreprise est une collectivité en soi, qu'elle forme une *universalité*²⁷⁷. L'on aurait tort de croire cette vision partagée de tous. Si l'on réduit l'entreprise à une juxtaposition de rapports *individuels* entre le chef d'entreprise et ses salariés, aucun espace de collectivité n'est envisageable. Si les seuls liens que connaît l'entreprise sont les contrats de travail, ou de service, conclus entre les salariés, ou des prestataires, et le chef d'entreprise, celle-ci ne peut former une universalité. Si aucun lien n'unit le chef d'entreprise à une collectivité de salariés, la démocratie ne fleurit pas dans ce champ ; elle n'a même pas vocation à y être en germe.

162. Cette vision de l'entreprise sert les desseins de la technique juridique visant à contourner les règles du droit du travail actuel. L'ingénierie sociale s'évertue à s'appuyer sur la notion de société et sur l'institution sociétaire. En son nom, aucun amalgame ne doit être fait avec la notion *d'entreprise* qui relève, elle, du concept. Pourtant, « *au nom d'une réalité plus juste de la notion de l'entreprise, en est imposée une vision indifférente aux arabesques juridiques qu'autorise notamment le droit des sociétés* »²⁷⁸. Deux institutions différentes coexistent : « *l'institution sociétaire, qui groupe les associés* » et « *l'entreprise, qui unit la direction de la société et le personnel en vue de l'action économique* »²⁷⁹. L'entreprise est

²⁷⁶ La notion d'entreprise est déjà abordée dans ces lignes (*cf. supra n°39 s.*) par le prisme de la *reconnaissance* de l'acteur employeur. L'intention ici développée revient à s'intéresser à la *nature* même de l'entreprise. D'une définition aboutissant à une reconnaissance, l'on tente maintenant de déterminer la *consistance* de la notion pour tenter de déterminer si la démocratie est susceptible de se réaliser dans le cercle de l'entreprise.

²⁷⁷ L'expression est du Professeur Durand (P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s.*).

²⁷⁸ B. TEYSSIÉ, L'entreprise et le droit du travail : *Arch. phil. Droit 41, Sirey, 1997, p. 355-385.*

²⁷⁹ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 51.*

devenue, en droit du travail, un *fait normatif*²⁸⁰ notamment par le biais de la représentation collective. Il ne peut être ignoré.

163. Ce fait normatif s'incarne dans l'idée d'une « *société d'hommes, destinée à l'épanouissement des personnalités individuelles, et au bien commun de tout le groupe social* »²⁸¹. Ce *fait normatif* constitue une *universalité de fait*. Celle-ci est inspirée par l'image de la société politique²⁸² car « *les procédés permettant d'organiser un groupement humain ne peuvent être très différents les uns des autres* »²⁸³. Certains auteurs rappellent que « *la société n'est pas un microcosme organisé sous les traits d'une démocratie mais une oligarchie. Les sujets de droit sont oubliés dans une froide logique de croissance* »²⁸⁴. Mais l'universalité de fait n'est pas la *société* mais l'*entreprise*. Un auteur leur répond également que « *si nous avons réussi à civiliser le pouvoir de l'Etat par la Constitution, pourquoi ne pourrions-nous*

²⁸⁰ Sur le fait normatif, la lecture des travaux du Professeur Gurvitch est indispensable. Selon lui, « *pour la positivité d'une règle de droit il suffit que le fait normatif, sur lequel elle se fonde, soit constaté. [...] Cette constatation peut se produire par une vision immédiate du fait normatif, aussi bien que par des procédés techniques, formels et réfléchis. Nous arrivons donc à la distinction entre le droit positif formel et le droit positif intuitif. Tous les deux tirent leur force obligatoire de l'existence de faits normatifs constatés, mais cette constatation est faite dans le premier cas au moyen de procédés techniques prévus d'avance, et dans le second par une intuition directe et immédiate des faits normatifs en question* ». L'entreprise, en droit du travail, est un fait normatif par le droit positif formel mais aussi intuitif. Les avancées des prérogatives des représentants du personnel dans les pays connaissant des instances éponymes plaident pour le droit positif formel. La reconnaissance d'une unité économique et sociale par le juge abonde dans le sens du droit positif intuitif (G. GURVITCH, *L'idée du droit social* : Sirey 1932, rééd. Scientia Verlag Aalen 1972, p. 135 s. cité par G. DUCHANGE in *Le concept d'entreprise en droit du travail : thèse dactyl. Paris II, 2014, dactyl.*(à paraître)).

²⁸¹ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 53.*

²⁸² Paul Durand n'assimile pas pleinement l'entreprise à la société politique, il n'y a pas « *identité entre le fonctionnement de ces deux groupements. L'adhésion à l'entreprise repose normalement sur un acte de volonté, alors que l'appartenance à la société politique résulte d'éléments matériels : la nationalité, le domicile, et non d'une convention librement formée* » (P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 56.*)

²⁸³ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 56.* On retrouve là encore l'idée que l'entreprise transnationale est d'abord une communauté d'hommes ; une communauté de volontés (cf. *supra* n°67). On ne peut adhérer à l'entreprise que par un acte de volonté, le contrat de travail. Ainsi, la présence d'un travailleur en son sein prouve cette volonté.

²⁸⁴ G. et A. LYON-CAEN, La « doctrine » de l'entreprise in *Dix ans de droit de l'entreprise* : Paris, Lib, tech. 1978, p. 602.

*pas constitutionnaliser (celui des) entreprises ? »*²⁸⁵. L'avènement parfait de l'entreprise comme « communauté d'intérêts »²⁸⁶ est à ce prix ; la démocratie reste une voie à emprunter pour l'atteindre.

164. Les leçons du passé. Lorsque la démocratie apparaît à Athènes, sa reconnaissance s'ancre dans une triple temporalité. « *Le pouvoir du peuple (demos) – entendu comme une communauté de citoyens – est indissociable de l'évolution de l'organisation sociale de la Grèce (la naissance de la cité, l'apparition de l'espace public) et des mentalités (le déclin de la pensée mythique, l'essor de l'esprit critique)* »²⁸⁷. Ce triptyque se transpose à chaque fois qu'une communauté expérimente la démocratie. L'échec de la démocratie athénienne, nous enseigne le philosophe, repose sur un changement des mentalités²⁸⁸, sur la disparition d'un élément du triptyque.

165. Les promesses du présent²⁸⁹. Le déclin des idées marxistes juxtaposé à l'effondrement du bloc soviétique marque l'avènement de la démocratie libérale. Loin des théories critiques des années 1950-1970, les auteurs contemporains sont résolus à soutenir le cadre démocratique. Celui-ci est vu, malgré toutes ses imperfections, comme le système institutionnel le plus efficace pour protéger les droits de la personne, contrôler les élites politiques et réguler de façon pacifique les conflits sociaux. La démocratie est l'expérience

²⁸⁵ J.-P. ROBE, L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir *in* les actes du colloque « *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales* », dir. B. ROGER : éd. Lethielleux 2012, organisé au Collège des Bernardins les 29 et 30 avril 2011 cité par G. DUCHANGE *in* Le concept d'entreprise en droit du travail : thèse dactyl. Paris II, 2014 (à paraître).

²⁸⁶ P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s.*

²⁸⁷ O. NAY, Histoire des idées politiques : *Armand Colin, 2007, p. 26.*

²⁸⁸ La présence des Sophistes transforme la Cité, ils rétablissent l'inégalité entre les citoyens ; « *les cours de rhétorique deviennent en effet indispensables pour qui souhaite briguer un mandat sur l'Agora, et seules les familles les plus riches peuvent offrir à leurs enfants l'accès au savoir d'un Gorgias ou d'un Protagoras* » (E. COBAST, Leçons particulières de culture générale : *PUF, 2002, 6^{ème} éd., p. 17*). Les philosophes grecques ne partagent que peu l'attrait qu'on leur prête à la démocratie pure (l'isonomie ou isonomia). Pour eux, ce qui est « juste » n'est pas nécessairement « l'égal » (V. sur ce point ARISTOTE, Les politiques : *GF Flammarion, 1993, 2^{ème} éd., III, 9, 1280 – a.*). La loi du plus riche devient celle de la démocratie ; la mentalité de la Cité évolue ; la démocratie s'effondre.

²⁸⁹ O. NAY, Histoire des idées politiques : *Armand Colin, 2007, p. 497.*

actuelle des systèmes politiques du monde. Si tous ne la partagent pas, il n'est pas encore un pays ne la connaissant pas qui n'y aspire. L'édification d'un État de droit apparaît comme le canal privilégié de l'épanouissement d'une démocratie directe²⁹⁰.

166. Les réalisations du futur. La « communauté d'intérêts » de Paul Durand dessine les contours de la réception de la démocratie dans l'entreprise. La Cité ne tend pas à un « vivre ensemble »²⁹¹ ; elle tend à la réalisation de « belles actions »²⁹². L'entreprise, façonnée par une « communauté d'intérêts », et conçue comme une Cité, ambitionne des réalisations. La démocratie dans le cercle de l'entreprise est un passage vers ce dessein ; il ne convient de l'emprunter que dans des cadres déterminés. La représentation collective en fait partie.

167. Admise dans le cercle de l'entreprise, la démocratie doit s'y appliquer. La légitimité tirée de sa présence s'exprime le plus simplement dans un mécanisme de représentation directe.

Sous-section 2 : Une légitimité directe par une représentation directe ?

168. La quête de légitimité par l'élection. La représentation électorale est la cristallisation d'une quête de légitimité accrue tirée des élections²⁹³. En choisissant directement leurs représentants, la collectivité des salariés entérine la suppression des corps intermédiaires²⁹⁴.

²⁹⁰ Les travaux de Jürgen Habermas ont grandement contribué à concilier les théories de la démocratie directe et les thèses constitutionnalistes (O. NAY, Histoire des idées politiques, *Armand Colin*, 2007, p. 500) si bien qu'aujourd'hui, les expressions Etat de droit et démocratie sont souvent confondues.

²⁹¹ Les intérêts des salariés et de l'employeur sont par trop divergents sur certains points pour admettre que le « vivre ensemble » soit la finalité de l'entreprise (V. G. DUCHANGE Le concept d'entreprise en droit du travail : *thèse dactyl. Paris II, 2014 (à paraître)*).

²⁹² Aristote énonce que la « Cité est une communauté des lignages et des villages menant une vie parfaite et autarcique. C'est cela, selon (lui), mener une vie bienheureuse et belle. Il faut donc poser que c'est en vue de belles actions qu'existe la communauté politique, et non en vue de vivre ensemble » (ARISTOTE, Les politiques, *GF Flammarion*, 1993, 2^{ème} éd., III, 9, 1280 – b).

²⁹³ B. GAURIAU, La représentation collective *in* Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIE : éd. *Panthéon-Assas* 2009, p. 71.

²⁹⁴ Le Professeur Gauriau se montre critique à l'égard de la suppression des corps intermédiaires. Selon lui, « la suppression des corps intermédiaires n'est sans doute pas la meilleure idée pour une démocratie » (B. GAURIAU, La représentation collective *in* Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIE : éd.

« Le recours à ce mode de désignation est justifié par l'idée que l'élection professionnelle permet à la collectivité du personnel de choisir démocratiquement des représentants qui lui sont propres »²⁹⁵. Démocratie, élection et légitimité semblent intimement liées. Dans ce ménage à trois, la première est le principe, la seconde le moyen et la dernière la conséquence.

169. La collectivité des salariés : un acteur social. La collectivité des travailleurs s'exprime clairement dans la représentation directe. L'identité du représentant et les idées qu'il porte sont révélées préalablement à l'élection. En réalisant ainsi la représentation, la collectivité des salariés se transforme. Alors que dans la représentation indirecte syndicale elle ne contribue que partiellement à la représentation²⁹⁶, dans la représentation directe elle devient un acteur. Le Professeur Teyssié prophétise cette métamorphose ; « *il n'est pas exclu que, plus avant, la collectivité des salariés soit elle-même transformée en acteur social, déjà perceptible lorsqu'est admise la conclusion d'accords collectifs par des salariés ordinaires, une telle évolution est manifeste lorsqu'est acceptée l'utilisation de la technique du référendum* »²⁹⁷.

170. Le choix de la simplicité. L'entreprise transnationale ne connaît pas de frontières ; son action frappe au-delà des continents²⁹⁸. Elle opère dans des territoires plus différents les uns que les autres. La cohérence de l'instance mondiale de représentation du personnel doit

Panthéon-Assas 2009, p. 79). Le contre-argument peut être tout aussi tranchant. À trop vouloir stratifier la représentation, à trop tenter de détacher en partie l'élection de son cadre naturel, à trop redouter la volonté générale des salariés exprimée de manière indivisible et inaliénable (J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social : GF Flammarion, 2012, Livre II, Chapitre I et II, p. 61-62*) par une élection directe, n'est-ce pas là que la démocratie est en danger ? L'auteur poursuit : « *Mais l'entreprise ne vit pas sous un régime démocratique. C'est une sphère privée dans laquelle le chef d'entreprise ne tient pas son pouvoir du peuple des salariés* ». La démocratie appliquée à un régime politique ordonnance celui-ci dans sa totalité ; la démocratie conjuguée à l'entreprise n'organise pas la structure dans sa totalité. La démocratie n'est qu'un canal, dans un conduit particulier, pour contribuer à la réalisation de l'entreprise.

²⁹⁵ E. JEANSEN, La cause dans le droit de la représentation collective des salariés *in* La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : éd. Panthéon Assas, 2013, p. 147.

²⁹⁶ La représentation indirecte fait reposer sur l'intermédiaire syndical un rôle particulier ; il dicte parfois les décisions de ses représentants. Ceux-ci doivent appliquer la *doctrine* de leur syndicat. Un tel comportement n'est pas, en soi, surprenant. Le représentant syndical élu est débiteur à l'égard de son parti d'une partie des suffrages qu'il a recueillis.

²⁹⁷ B. TEYSSIÉ, L'entreprise et le droit du travail : *Arch. phil. Droit 41, Sirey, 1997, p. 355-385*.

²⁹⁸ Cf. *supra* n°25.

s'abstenir d'être viciée, dès l'origine, par le mode de désignation de ses représentants salariés et ses représentants salariés eux-mêmes. La représentation directe, guidée par l'idéal démocratique qui parcourt en partie l'entreprise, constitue cet outil de simplicité²⁹⁹. Le doute est détruit.

171. Voilà une entreprise transnationale implantée sur trois continents et dix pays. Parmi ces pays, un seul accueille plus de la moitié de ses salariés. Chaque société implantée dans ces pays élit un représentant. Ces dix représentants forment alors les acteurs salariés de l'instance. Le poids des votes, l'équilibre interne de l'instance mondiale devra être défini. Le juriste peut alors imaginer une *multitude* de possibilités. *Primo*, les représentants peuvent disposer d'une voix dépendant du nombre de salariés qu'ils représentent ; la représentation directe serait alors proportionnelle. *Secundo*, les représentants peuvent s'unir en continent ; ils seraient alors forcés à une forme de consensus majoritaire. *Tertio*, la proportionnelle peut être totalement absente de l'équilibre de représentation des acteurs salariés. Un tel choix relève du *régime* de l'instance.

172. Conclusion de section. Le doute présent dans les acteurs salariés de l'instance mondiale de représentation du personnel s'estompe par l'avènement d'une représentation mondiale. Celle-ci puise sa source dans l'intégration dans le cercle de l'entreprise de la démocratie. Une légitimité directe par une représentation directe efface le doute.

173. Conclusion de chapitre. Des doutes planent sur les acteurs salariés de l'instance mondiale de représentation du personnel. La légitimité de la représentation des organisations syndicales internationales est en doute. Le recours à la représentativité nationale introduit un doute dans la représentation syndicale ; cette notion nationale empêche l'appel à ce type d'intermédiaire. Mais « *des doutes sans cesse renouvelés sont la vie de l'esprit et la promesse d'un droit toujours à construire* »³⁰⁰. Le doute s'estompe par l'avènement d'une représentation mondiale assise sur une représentation démocratique directe.

²⁹⁹ Il est certain que si la représentation directe devient le mode de désignation des acteurs salariés d'une instance mondiale de représentation du personnel, les organisations syndicales s'intéresseront à ce mode de désignation et proposeront des candidats à ces élections. Toutefois, ce candidat ne se présentera pas en tant qu'intermédiaire syndical mais bien comme un représentant direct d'une société, d'une collectivité de salariés.

³⁰⁰ J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIÉ : éd. *Panthéon Assas*, 2003, p. 723, n°722.

Conclusion du Titre I

174. Les acteurs de l'instance mondiale de représentation du personnel sont insaisissables ; l'acteur employeur déploie toute son énergie à échapper à une reconnaissance ; le découvrir requiert des techniques singulières. Le doute plane sur les acteurs salariés mais ceux-ci recherchent la reconnaissance. Le juriste est tenu de se méfier des évidences. L'étude de tous les acteurs salariés possibles est un préalable nécessaire. L'organisation de l'instance mondiale de représentation du personnel découle *ab initio* des acteurs l'animant ; elle est la manière dont un corps est organisé³⁰¹. Celui-ci ne s'agence que par la présence d'un ensemble de règles, que par un régime.

³⁰¹ Dictionnaire de l'Académie Française, « organisation », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

Titre 2 : Le régime de l'instance mondiale de représentation du personnel

175. Un régime. Ensemble de règles gouvernant certaines matières et institutions de droit privé³⁰², le régime assure l'ordonnement d'une construction. L'on attend de lui qu'il anticipe les infortunes du futur, qu'il tranche les litiges du passé, qu'il commande les décisions du présent. Le régime chasse le doute.

176. Un régime pour l'instance mondiale de représentation du personnel. L'originalité et la jeunesse des instances mondiales de représentation du personnel impliquent vides juridiques et imprécisions. L'absence de juge incontestable en la matière est vécu d'abord comme une épreuve. Les instances mondiales naviguent sur des mers agitées ; elles y sont obligées par leur réceptacle, l'entreprise transnationale, qu'elles suivent.

177. La nature des droits parcourant l'instance attise ce doute ; les droits internationaux constituent des foyers propices à ce phénomène³⁰³. Le droit au doute, parfois nié, s'érige ici en nécessité³⁰⁴. À défaut de juge incontestable, l'imprécision du régime, ou d'une de ses dispositions, appelle un effort d'interprétation. Entre interprétation stricte et interprétation téléologique, l'on hésite. La première constitue souvent l'apanage d'un droit punitif³⁰⁵ ; la seconde convient au droit contractuel³⁰⁶. L'idée d'instance mondiale de représentation du personnel mène à un droit du contrat ; l'on incline pour la seconde interprétation.

³⁰² G. CORNU, « régime » troisième sens in *Vocabulaire Juridique* : PUF 2011, 9^{ème} éd., p. 868.

³⁰³ Sur la cohérence intrinsèque du droit international V. J. COMBACAU, *Le droit international : bric-à-brac ou système ?* in *Le système juridique* : Arch. phil. 31, Sirey, 1986, p. 85-105.

³⁰⁴ Le droit de l'Union européenne « introduit le plus nettement le droit au doute » selon le Professeur Cesaro. La condition du renvoi préjudiciel le démontre (V. J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIE : éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 176, n°111).

³⁰⁵ V. l'interprétation stricte en droit in J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Préf. B. TEYSSIE : éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 26, n°11.

³⁰⁶ Le doyen Carbonnier rappelle que la méthode d'interprétation des contrats s'attache à faire primer l'intention sur la formule. « *Le juge doit rechercher par tous les moyens, même extrinsèques à l'acte, quelle est la pensée véritable, intime, qui a réuni les contractants* » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations* : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 2171, n°1058).

178. Le régime de l'instance mondiale de représentation du personnel est un contenu. Son contenu dépend du régime choisi ; il n'en est parfois que la conséquence. Une nouvelle fois, un choix se présente. Deux régimes émergent. L'un européen (**Chapitre 1**). Il est alors une expérience continentale. Rassurant, l'on peut s'arrêter aux portes de l'Europe et s'appuyer sur son ordonnancement normatif. Mais, téméraire, l'on est tenté de franchir le pas et de se pencher sur un régime mondial pour une instance éponyme : la loi sociale transnationale (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Un régime européen : une expérience continentale

179. Une esquisse de régime européen de la représentation collective. L'instance mondiale de représentation du personnel conjuguée par un régime européen s'appuie sur un système normatif reconnu³⁰⁷. Porte-bannière de l'Europe « sociale »³⁰⁸, le comité d'entreprise européen³⁰⁹ n'exerce pas seul la fonction d'instance européenne de représentation du personnel ; le comité de la société européenne³¹⁰ et le comité de la société coopérative

³⁰⁷ Il ne s'agit pas de décrire en profondeur le *fonctionnement* du régime européen de représentation du personnel ; de meilleurs auteurs s'y sont déjà attelés (V. B. TEYSSIE, Droit européen du travail : *Lexis Nexis*, 2013, 5^{ème} éd. ; B. TEYSSIE, Droit et pratique du comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012). L'intention est ici d'analyser ce régime lorsqu'il se *tourne* vers le reste du monde.

³⁰⁸ Selon le mot de M. Vladimir Špidla, commissaire européen chargé de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, « *les comités d'entreprise européens sont des pionniers de l'Europe sociale depuis presque une quinzaine d'années* » lors de son intervention à la conférence de la Confédération européenne des syndicats (CES) consacrée à « La révision de la directive des comités d'entreprise européens », *Bruxelles, 10 juin 2008*, cité in Rapport fait par Mme Chantal Brunel, Députée, au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de résolution (n° 1245) sur le comité d'entreprise européen, et sur la proposition de résolution (n° 1300) sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 (refonte) : *Travaux préparatoires, Assemblée Nationale, 10 déc. 2008*).

³⁰⁹ Institué par la Dir. 94/45/CE, 22 sept. 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprise de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs : *J.O.C.E. n° L 254, 30 sept. 1994, p. 64* ; modifié par Dir. 97/74/CE, 15 déc. 1997 étendant au Royaume-Uni la directive 94/45/CE 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 : *J.O.C.E. n° L 10, 16 janv. 1998, p. 22*. et par Dir. 2006/109/CE, 20 nov. 2006 portant adaptation de la directive 94/45/CE concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprise de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie : *J.O.C.E., n° L 363, 20 déc. 2006, p. 416* ; refonte par la Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009 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 (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) : *J.O.U.E. n° L 122, 16 mai 2009, p. 28*.

³¹⁰ Institué par la Dir. 2001/86/CE, 8 oct. 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs : *J.O.C.E., 10 nov. 2001, n° L 294, p. 22* ; V. J.-P. TRICOIT, *J-Cl, Travail traité, Fasc. 15-72* : Comité de la Société européenne.

européenne³¹¹ le rejoignent³¹² pour former un embryon de droit européen de la représentation collective³¹³.

180. Au-delà des différences émaillant chacun de leurs régimes³¹⁴, seul le comité d'entreprise européen possède en lui la possibilité de s'exporter. Les comités de la société européenne et de la coopérative européenne demeurent, par *nature*, attachés à leur espace continental ; ils y sont débiteurs de leur création. Le comité d'entreprise européen habite une structure juridique existant, bien souvent, antérieurement à son édification. Lui seul est, par essence, en mesure d'accueillir en son sein des représentants étrangers à son territoire de naissance.

181. La création d'un comité d'entreprise européen tourné vers le monde s'organise autour d'une triple application ; l'application du principe de la loi d'autonomie (**Section 1**) ; l'application des normes européennes (**Section 2**) ; l'application mondiale du régime européen (**Section 3**).

³¹¹ Institué par la Dir. 2003/72/CE, 22 juillet 2003 complétant le statut de la Société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs : *J.O.U.E.*, 18 août 2003, n° L 207, p. 25 ; V. J.-P. TRICOIT, *J-Cl, Travail traité, Fasc. 15-74* : Comité de la Société coopérative européenne.

³¹² On peut également ajouter à cette triplète la représentation des salariés dans les fusions transfrontalières instituée par la Dir. 2005/56/CE, 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières de capitaux : *J.O.U.E.*, 25 nov. 2005, n° L 310, p. 1. ; V. C. DUPIN, Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux dans l'Union européenne, Aspects de droit social, préf. B. TEYSSIÉ : *Lexis Nexis, éd. Planète Social, 2013* ; L. GAMET, *J-Cl, Travail traité, Fasc. 15-76* : Représentation des salariés dans les fusions transfrontalières.

³¹³ V. B. KRIEF, Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, préf. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2011*.

³¹⁴ Benjamin Krief note ainsi que « *selon qu'ils sont employés au sein d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire, d'une société européenne, d'une coopérative européenne ou d'une société issue d'une fusion transfrontalière, les travailleurs sont dotés de droit d'implication différents* » (B. KRIEF, Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, préf. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 375, n°730*).

Section 1 : L'application du principe de la loi d'autonomie

182. Les normes européennes jalonnant l'établissement du comité d'entreprise européen témoignent d'une influence prononcée du principe de la loi d'autonomie. Ce principe de droit international privé (**Sous-section 1**) se décline en présence d'un choix de loi applicable (**Sous-section 2**) ou en son absence (**Sous-section 3**).

Sous-section 1 : Un principe de droit international privé

183. *Robinson v. Bland*³¹⁵. Un des premiers signes de vie du principe de la loi d'autonomie surgit en 1760³¹⁶. Voilà *Sir John Bland* empruntant, à Paris, de l'argent à *Palmes Robinson*. Employée pour satisfaire le désir de gain de l'anobli, la somme disparaît dans les tables de jeu parisiennes. Pis, *Sir John Bland* perd non seulement le montant de son prêt initial mais également une somme additionnelle engageant son créancier. *Gentleman*, le noble anglais s'empresse de signer une lettre de change payable à Londres au bénéfice de Mr. Robinson. Las, avant d'avoir eu la chance d'honorer sa dette, *Sir John Bland* décède. Sa sœur, Miss Bland, nommée administrateur de la succession, est sommée de répondre aux demandes formées par *Palmes Robinson* devant la Cour du Roi ! Ingénieuse, elle oppose à la requête du créancier l'irrecevabilité des dettes de jeu en Angleterre (pour immoralité). Impatient de récupérer le fruit de sa générosité, Mr. Robinson rétorque par la recevabilité d'une telle demande en droit français (la débauche y est, là, permise !), la France étant le lieu de

³¹⁵ *Robinson v. Bland* (1760) : *1 Wm Bla*, 256, 263 ; V. B. ANCEL, Droit international privé comparé : Université Panthéon-Assas, 2007-2008 ; R. JOHNSON, Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law : *7 Wm. & Mary L. Rev.* 37, 1966, p. 37.

³¹⁶ Le premier signe de vie du principe de la loi d'autonomie est attribué à Dumoulin dans sa fameuse consultation des époux *de Ganay*. Celle-ci « ne portait d'ailleurs pas sur un contrat, mais sur un régime matrimonial : l'idée est que si les époux se sont mariés sans contrat, ils ont tacitement – mais certainement – entendu adopter les règles du régime légal. Les parties peuvent choisir non seulement le statut qui leur convient au sein d'un certain ordre juridique, mais même l'ordre juridique lui-même. Cependant dans la pensée de Dumoulin, ce choix demeure tacite ; il n'est jamais allé jusqu'à envisager que les parties puissent choisir expressément la loi applicable » (T. VIGNAL, Droit international privé : Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 253, n° 423).

conclusion de l'acte juridique. Sous l'impulsion de *Lord Mansfield CJ*³¹⁷, la Cour rejette la recevabilité de la demande du créancier. Une telle requête, formée devant elle, ne peut relever que de la loi anglaise. Et *Lord Manfield* de préciser : « *The general rule established ex comitate et jure gentium is, that the place where the contract is made, and not where the action is brought, is to be considered in expounding and enforcing the contract. But this rule admits of an exception where the parties (at the time of making the contract) had a view to a different kingdom* »³¹⁸. Pour la première fois fleurit l'idée que la *lex contractus* peut être déterminée selon l'intention des parties.

184. *Wayman v. Southard*³¹⁹. Quelques soixante-cinq années plus tard, c'est au tour d'une ancienne colonie anglaise d'apporter sa pierre à l'édifice de la loi d'autonomie. Dans un arrêt célèbre pour avoir admis des délégations de pouvoirs législatifs³²⁰, la Cour Suprême des Etats-Unis énonce le même principe : « *As construed by the Court, this section is the recognition of a principle of universal law - the principle that in every forum a contract is governed by the law with a view to which he was made* »³²¹. Outre-Manche, outre-Atlantique, au tour de la France.

185. *American Trading Co*³²². Plus d'un siècle et demi après le début de l'histoire, la Cour de Cassation consacre le principe de la loi d'autonomie. Voilà une compagnie de transport

³¹⁷ Pour découvrir l'influence de ce juge sur le développement du droit international privé en droit anglais, V. W. SWAIN, *Lord Mansfield and Lord Denning: Some Pitfalls and Possibilities Presented by the Great Judge Approach to Legal History and the Law of Contract: British Legal History Conference, Oxford, 2007*, « *Judges and Judging* », *Draft*.

³¹⁸ Cité par R. JOHNSON *in* *Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law: 7 Wm. & Mary L. Rev. 37, 1966, p. 37*. Traduction proposée par le Professeur Ancel : « *La règle générale établie ex comitate et jure gentium est que le lieu où le contrat est conclu [Paris en l'espèce] et non le lieu où la demande est portée [Westminster] doit être pris en considération s'il s'agit de l'interprétation et de l'exécution du contrat. Mais cette règle admet une exception lorsqu'au moment de la conclusion, les parties avaient en vue un autre royaume* » (B. ANCEL, *Droit international privé comparé: Université Panthéon-Assas, 2007-2008*).

³¹⁹ *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 10 Wheat. 1 1 (1825) ; R. JOHNSON, *Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law: 7 Wm. & Mary L. Rev. 37, 1966*, (<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol7/iss1/3>).

³²⁰ V. *Delegation and Individual Liberties, Delegation of Legislative Power, The History of the Doctrine of Nondelegability* : <http://law.justia.com/constitution/us/article-1/03-delegation-of-legislative-power.html>.

³²¹ « *Telle que la Cour l'interprète, cette section est la reconnaissance d'un principe de droit universel – le principe selon lequel, partout où nous allons, un contrat est régi par la loi qui a inspiré sa création* ».

³²² Cass. civ. 5 déc. 1910 : *Rev. Dr. Int., 1911, 395, Clunet, 1156, S. 1911. I. 129, note Lyon-Caen*.

maritime. Celle-ci s'engage par contrat avec son client, l'*American Trading Company*, à transporter des marchandises. Le contrat est signé à New-York et contient une clause d'exonération des fautes du capitaine et des marins. La marchandise est transportée à bon port mais arrive avariée. L'équipage se révèle responsable de ce malheur marchand. *L'American Trading Company* attaque en responsabilité la compagnie de transport maritime. Cette dernière oppose la clause d'exonération de responsabilité. Son (ex)client riposte par l'application du principe *locus regit actum* : le contrat avait été passé à New-York, la loi américaine prohibe et déclare nulle les clauses exclusives de responsabilité des fautes du capitaine, la compagnie doit payer ! La Cour de Cassation tranche : « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée* »³²³. *L'American Trading Company* a donné son adhésion à la clause litigieuse, « *elle n'ignorait pas que cette clause devait être exécutée sur le territoire français, ou elle est considérée comme licite* », ses prétentions doivent être rejetées.

186. Une trilogie³²⁴ pédagogique. Ces décisions sont riches d'informations. *Primo*, la loi d'autonomie constitue un principe de droit international privé³²⁵ reconnu par tous les États et tous les droits positifs³²⁶, et ce depuis fort longtemps. *Secundo*, la force de ce principe est pleinement consacrée ; on l'élève même au rang de « principe universel du droit ». *Tertio*, la loi d'autonomie perce au détriment de la loi du lieu de conclusion du contrat. *In globo*, la loi d'autonomie est une révérence faite à *l'autonomie des volontés*.

³²³ Cass. civ. 5 déc. 1910 : *Rev. Dr. Int.*, 1911, 395, *Clunet*, 1156, *S.* 1911. I. 129, note Lyon-Caen.

³²⁴ La trilogie aurait pu devenir une *tétralogie* en incluant l'arrêt *Ville d'Anvers* du 24 février 1938, première décision de la Cour de Cassation de Belgique qui ait fait application explicite de la loi d'autonomie : « *La loi applicable aux contrats tant pour leur formation que pour leurs conditions et effets, étant celle que les parties ont adopté (...)* ». L'on renverra aux écrits du Professeur Rigaux à cette occasion (F. RIGAUX, Cours général de droit international privé : *Recueil, Cours La Haye*, vol. 213., *Chapitre V, La clause d'élection de for et la loi d'autonomie en droit international privé étatique*, p. 179).

³²⁵ Puisque régissant des conflits de lois entre États et n'ayant, d'ailleurs, nullement vocation à le créer. L'article 1^{er} de la Convention de Rome I énonce clairement que « *le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale* » (art. 1§ 1 Règlement (CE) 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : *J.O.U.E.*, 4 juillet 2008, n° L 177, p. 6).

³²⁶ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé : Montchrestien*, Lextenso éditions, 10^{ème} éd., 2010, p. 533, n°690 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé : Economica*, 2010, 6^{ème} éd., p. 715, n°816.

187. Une révérence à l'autonomie des volontés. Évidente, puisqu'explicite, la révérence à l'autonomie des volontés guide le principe analysé. Elle relève de l'ordre de la *philosophie juridique* ; l'autonomie de la volonté³²⁷ constitue, pour certains, le fondement supposé du droit classique des contrats. Cette volonté, émanant du contrat, « est, à la fois, la source et la mesure des droits créés, comme des charges assumées, par ceux qui l'ont exprimée »³²⁸. Indissociable d'une idéologie individualiste³²⁹, le principe décline sous l'effet des excès d'une liberté sauvage³³⁰. Le Doyen Carbonnier décrit ce phénomène comme « l'un des aspects de la socialisation du droit civil »³³¹. Dans la tourmente, sa nature de fondement du droit des contrats lui est soustraite³³². Fidèle, l'abandon de poste n'est pas l'habitude de certains³³³. Même touchée, l'autonomie des volontés n'est pas noyée et refait surface³³⁴.

188. Une volonté intéressée³³⁵. Le droit international privé, s'il ne se montre pas indifférent aux vicissitudes du principe, justifie le recours à cette théorie par ses avantages.

³²⁷ Pour certains auteurs (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique : Sirey, 2012, 15^{ème} éd., p. 82, n°96), « le sens originel de l'autonomie de la volonté » est à trouver dans les travaux d'Emmanuel Gounot (E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique : Dijon, 1912).

³²⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique : Sirey, 2012, 15^{ème} éd., p. 82, n°96.

³²⁹ Idéologie qui aurait accompagné pour certains l'écriture du Code civil (J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, Les obligations, PUF, *Quadrige*, 2004, p. 1945, n°931). Pour d'autres, ses rédacteurs s'étant appuyés sur le *droit romain*, et sur les travaux de *Domat* et *Pothier*, il serait impossible de leur prêter l'intention de faire de la volonté la source unique de l'obligation contractuelle (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, Tome I, L'acte juridique : Sirey, 2012, 15^{ème} éd., p. 82, n°105).

³³⁰ A. BÉNABENT, Droit civil, Les obligations : *Montchrestien, Lextenso éd.*, 2010, 12^{ème} éd., p. 21, n° 26.

³³¹ J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, Les obligations : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 1945, n°931.

³³² Certains lui préfère le rôle « d'explication » du système issu du Code civil ; une « grille de lecture » du système classique du contrat (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, tome I, L'acte juridique : Sirey, 2012, 15^{ème} éd., p. 87, n°104).

³³³ Le doyen Carbonnier expose que l'autonomie des volontés « n'a jamais été posée comme un absolu dans les lois ; même en 1804, l'affirmation philosophique avait dû, pour passer dans le Code, se tempérer de restrictions. Ces restrictions se sont considérablement accrues. L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe, fût-ce sous le nom plus courant de liberté contractuelle » (J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, Les obligations : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 1945, n°931).

³³⁴ A. BÉNABENT, Droit civil, Les obligations : *Montchrestien, Lextenso éd.*, 2010, 12^{ème} éd., p. 22, n° 27.

³³⁵ P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd.*, 10^{ème} éd., 2010, p. 538, n°695.

L'argument de la sécurité juridique vient en premier ; la loi d'autonomie *explicite* garantit aux contractants une prévisibilité supérieure à n'importe quel édifice prétorien. L'argument mercantile arrive en second ; malicieuse, la loi d'autonomie favorise la conclusion des contrats internationaux en offrant aux parties la possibilité d'écarter la loi de l'une d'entre elles. Par la-même, la loi d'autonomie permet de se soumettre à une loi dont la teneur se marie particulièrement au projet des parties.

189. Des combats invisibles³³⁶. Par analogie avec la violence doctrinale subie par le principe de l'autonomie des volontés, l'on pourrait analyser l'avènement progressif, au XIX^{ème} siècle, du principe de la loi d'autonomie en un long fleuve tranquille. Le juriste se méprendrait à se hâter à ces conclusions. La loi d'autonomie a oscillé entre *subjectivisme pur* et *subjectivisme modéré*. Le premier est l'expression la plus aboutie de l'autonomie de la volonté conjugée au droit international privé : il autorise le « contrat sans loi », il bénit le « panachage »³³⁷ et consacre les « clauses de stabilisation »³³⁸. Sa conséquence et critique première : « *son application (conduit) à supprimer toute disposition impérative sur le plan international, puisque les parties peuvent écarter toutes les règles qui ne leur conviennent pas* »³³⁹. Le *subjectivisme modéré* considère que le droit n'est pas soumis au sujet mais que celui-ci se soumet au droit ; « *la volonté a pour seul effet de préciser à quelle loi (...) le contrat se trouve soumis* »³⁴⁰. Il rejette en bloc la « triplette infernale » du *subjectivisme pur*.

190. Présumer que les sujets de droit sont de bonne foi relève de la raison ; pour que l'harmonie³⁴¹ puisse régner dans la société, chaque acte ou comportement ne peut être marqué

³³⁶ P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 538, n°696 et s.*

³³⁷ Les parties choisissent dans chaque législation les règles qu'ils veulent voir appliquées dans leur contrat ; « elles empruntent » des dispositions à différentes lois (T. VIGNAL, Droit international privé : *Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 255, n° 425*).

³³⁸ La paternité de cette expression revient au Professeur Rigaux. Ces clauses ont pour objet « *l'éviction de normes impératives postérieures à la conclusion du contrat* » (F. RIGAUX, Cours général de droit international privé : *Recueil, Cours La Haye, vol. 213, Chapitre V, La clause d'élection de for et la loi d'autonomie en droit international privé étatique, p. 184*).

³³⁹ T. VIGNAL, Droit international privé : *Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 255, n° 425*.

³⁴⁰ P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 539, n°698*.

³⁴¹ Et le droit ne doit-il pas tendre à cette harmonie comme l'énonce, mieux que quiconque, Henri Motulsky ? « *Le Droit, personne ne le conteste, a pour objectif la réalisation de l'harmonie sociale, la coordination des*

du sceau du doute ou de la suspicion. Mais, d'un extrême à l'autre, une surabondance de liberté augure de futures difficultés. Le principe de la loi d'autonomie n'échappe pas à la règle ; le juge, au cœur du droit du doute, se méfie, légitimement, de cette édification. Le Professeur Johnson décrit ce phénomène : « *Close to the surface of all these cases is some judicial suspicion that contracting parties specifying a foreign nation's law to govern their contract are seeking to subvert the substance of justice courts feel it their duty to nurture* »³⁴².

191. Une appropriation communautaire. L'appropriation communautaire du principe de la loi d'autonomie fait timidement triompher le modéré sur le radical³⁴³. Ce phénomène d'assimilation par l'espace européen d'un principe érigé au rang de droit universel³⁴⁴ intéresse particulièrement les instances mondiales de représentation du personnel utilisant un comité d'entreprise européen. Dans un premier élan, la Communauté européenne adopte une Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles³⁴⁵. Son article « phare » semble consacrer un subjectivisme modéré : « *Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles* »³⁴⁶. Un règlement³⁴⁷ de 2008 vient remplacer la convention de 1980. Son objectif : transformer la convention en instrument communautaire³⁴⁸ et la moderniser³⁴⁹.

activités humaines à l'intérieur d'une organisation donnée ; il ne peut, de toute évidence, qu'édicter des préceptes de conduite » (H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs du droit subjectif : Dalloz, 2002 (rééd), p. 9).

³⁴² R. JOHNSON, Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law: 7 *Wm. & Mary L. Rev.* 37, 1966.

³⁴³ Le Professeur Vignal note ainsi que « *la convention de Rome – et à sa suite, le règlement « Rome I » - retient des solutions variées, tantôt plus modérées que celles du droit commun, tantôt en harmonie avec ce dernier – elle n'admet pas ainsi le contrat sans loi – tantôt empreintes d'un subjectivisme plus radical* » (T. VIGNAL, Droit international privé : Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 256, n° 426).

³⁴⁴ Certains auteurs affirment désormais que l'autonomie est maintenant un « principe général de droit européen » ou un même un « droit fondamental ». Le Professeur Kessedjian souligne que cette affirmation n'est pas réellement démontrée (C. KESSEDJIAN, Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 11).

³⁴⁵ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 : *J.O.C.E.*, 9 oct. 1980, n° L 266, p. 1.

³⁴⁶ Conv. Rome, 19 juin 1980, art. 1, §1.

³⁴⁷ Règlement (CE) 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : *J.O.U.E.*, 4 juillet 2008, n° L 177, p. 6.

³⁴⁸ Les règlements sont reconnus d'effet direct par le droit primaire, à l'inverse des directives pour lesquelles l'effet direct n'est pas reconnu par les traités et ne l'est par la jurisprudence que sous certaines conditions : « *Le*

192. De sa conception à sa réalisation, l'étude de toutes les phases de la vie d'un principe juridique est nécessaire pour l'appréhender. La loi d'autonomie, principe de droit privé international, fait l'objet de deux variantes. La première, la plus évidente, constitue le choix de la loi applicable.

Sous-section 2 : La présence d'un choix

193. Le choix d'une loi. Prévoyantes, les parties peuvent *expressément* choisir une loi applicable ; la *lex contractus* est révélée *ab initio*. Le règlement « Rome I » n'exclut pas le choix d'une loi dénuée de tout lien avec l'opération contractuelle³⁵⁰. Conscient du risque de fraude, il tempère immédiatement son audace : le choix d'une autre loi, « *lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un seul pays* », ne peut porter atteinte à ses dispositions impératives³⁵¹. Malencontreusement, le législateur européen reste muet, au grand dam du juriste, sur l'articulation de ce mécanisme. Certains auteurs prêchent la prudence et incite à se détourner de la tentation³⁵².

règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre » (art. 288 T.F.U.E).

³⁴⁹ V.http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_fr.htm

³⁵⁰ L'article 3§1 énonce clairement que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* » et n'y apporte aucun tempérament immédiat (Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§1).

³⁵¹ Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§3. L'article 3§4 consacre le même tempérament à l'échelle communautaire : « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for* » (Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§4).

³⁵² « *Le seul reproche que l'on puisse faire à cette disposition audacieuse (...) est de laisser dans le vague la combinaison, nécessairement complexe, qui devra alors être effectuée entre les dispositions impératives et supplétives de la loi choisie, d'une part, et les dispositions impératives de la loi locale, d'autre part. Dans ces conditions, il n'est probablement pas à conseiller aux parties à un contrat interne en France de le soumettre entièrement à une loi étrangère ; seul un emprunt limité et bien circonscrit à cette loi peut se révéler utile* » (P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 542, n°700).

194. Audacieux, le règlement autorise aussi le « dépeçage du contrat »³⁵³. Téméraire, la norme « *ne subordonne pas expressément (celui-ci) à une condition de séparabilité objective* »³⁵⁴. L'autonomie de la volonté règne sur le dispositif européen. Une nouvelle expression de sa présence se détecte dans la possibilité réservée aux parties de changer de loi d'autonomie en cours de contrat³⁵⁵. Une nouvelle fois, l'audace est immédiatement tempérée : ni la validité du contrat ni les droits des tiers ne ressortent affectés d'une telle technique³⁵⁶.

195. La loi du choix. Hommage apparent au *subjectivisme pur*, le règlement trace une ligne rouge infranchissable : l'objet du choix ne peut être qu'une loi *étatique*³⁵⁷. La condamnation du « contrat sans loi » est sans appel³⁵⁸. Celle, *ipso facto*, du contrat soumis à des règles non-étatiques est également prononcée par les dispositions du règlement³⁵⁹. Entre *subjectivisme pur* et *subjectivisme modéré*, le règlement « Rome I » dessine un *subjectivisme convaincu*.

196. La loi, l'accord et l'instance. Le droit international privé, décliné et repris par l'Union Européenne, teinte les directives 94/45/CE et 2009/38/CE relatives à l'établissement de comités d'entreprise européens. Celui-ci (l'instance) est créé par un contrat³⁶⁰ (l'accord)

³⁵³ « Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat » (Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§1).

³⁵⁴ P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 550, n°711.*

³⁵⁵ « Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement » (règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§2).

³⁵⁶ « Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers » (Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§2).

³⁵⁷ Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§1. V. R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013, 1066.*

³⁵⁸ P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 544, n°702.*

³⁵⁹ *Lex mercatoria* et Principes Unidroit (V. <http://www.unidroit.org/fr/actualites>) sont ainsi bannis de l'empire de la loi d'autonomie (V. P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 545, n°703* ; R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013, 1066.*

³⁶⁰ Ce n'est qu'à l'issue d'un constat d'échec de la négociation que les prescriptions subsidiaires de la directive. 2009/38 s'imposent (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, Annexe I, Prescriptions subsidiaires visées à l'article 7).

lui-même soumis à une législation d'un État membre (la loi). Cet accord *d'implication*³⁶¹ se décline en deux versions : les accords *d'anticipation* et les accords *d'application*. Les premiers constituent les accords créateurs d'instances européennes de concertation conçus avant l'expiration du délai dont disposait les États pour transposer la directive 94/45³⁶². Les seconds forment les accords conclus après cette date ; ils sont créés en application des directives 94/45 et 2009/38³⁶³. Le principe de la loi d'autonomie frappe différemment ces deux catégories³⁶⁴.

197. Loi d'autonomie et accords d'anticipation. Disposant d'une autonomie totale, les négociateurs d'un accord d'anticipation pouvaient rattacher cet acte juridique, par essence *transnational*, à une loi d'autonomie. Deux *scenarii* sont concevables. *Primo*, la loi d'autonomie désignée dans le contrat relève d'un droit d'un État destinataire de la directive. Aucune difficulté particulière ne surgit ; la catégorie juridique de l'accord d'anticipation diffèrera selon la loi retenue. *Secundo*, l'accord relève, par la désignation de sa loi d'autonomie, d'un État non-destinataire de la directive. L'hypothèse hérisse le sincère

L'instance de représentation européenne se conçoit *ab initio* comme une rencontre de volontés. D'ailleurs, loin de se décourager en cas d'échec, la norme européenne impose d'entamer de nouvelles négociations quatre ans après l'échec des premières afin de conclure un accord (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, Annexe I, Prescriptions subsidiaires visées à l'article 7).

³⁶¹ Selon l'expression de Benjamin Krief. L'accord d'implication constitue le résultat de la négociation des parties à la création d'un CEE (B. KRIEF, Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, préf. B. TEYSSIÉ : éd. *Panthéon-Assas*, 2011, p. 118, n°218).

³⁶² Soit jusqu'au 22 septembre 1996. Pour une analyse détaillée de ces accords, v. B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012, p. 33, n°60 et s.).

³⁶³ Au sein de cette catégorie générale des accords d'application existent des nuances importantes liées aux accords *d'application* de la directive 94/45. Un principe est édicté : tous les accords conclus avant le 5 juin 2009 sont soumis aux prescriptions de la directive 2009/38. Les entreprises et les groupes doivent réviser leur accord. Pour les accords conclus entre le 5 juin 2009 et le 5 juin 2011 (date d'expiration du délai de transposition accordé aux États pour la directive 2009/38), la directive 2009/38 les exonère de se soumettre à ses prescriptions (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 14§1). Il en va de même pour les accords conclus avant le 5 juin 2009 mais révisés entre cette date et le 5 juin 2013 (V. B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du Comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012, p. 51, n°101).

³⁶⁴ Il frappe également les CEE « légaux ». Ceux-ci sont issus de l'échec des négociations. La directive précise « qu'afin d'assurer la réalisation de l'objectif visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, les prescriptions subsidiaires arrêtées par la législation de l'État membre dans lequel est implanté la direction sont applicables » (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 7). La loi d'autonomie du CEE « légal » sera donc celle à laquelle est soumise/de laquelle dépend la direction centrale.

« unioniste »³⁶⁵. Le Professeur Teyssié conçoit une solution de synthèse. L'accord bénéficie d'un double rattachement législatif : « *pour l'appréciation de sa conformité aux dispositions de l'article 13 de la directive de 1994, il relève de plein droit de l'État, destinataire de celle-ci, ou il a son représentant ou sa plus forte implantation sociale. Pour le reste, il est soumis à sa loi naturelle* »³⁶⁶.

198. Loi d'autonomie et accords d'application. Présent dans les commentaires sur les accords d'anticipation, le principe de la loi d'autonomie semble absent de ceux sur les accords d'application³⁶⁷. De fait, aucune disposition des directives 94/45 et 2009/38 n'aménage un espace à ce mécanisme contractuel. L'accord d'application relève pourtant de la catégorie des contrats de droit international privé. Les directives 94/45 et 2009/38 en appellent explicitement à « l'autonomie des parties » dans l'élaboration de leur représentation collective européenne³⁶⁸. Rien ne s'oppose donc, *a priori*, à l'insertion d'une clause prévoyant que

³⁶⁵ Le Professeur Teyssié procède à une analyse par avantages-inconvénients d'un tel rattachement. L'appréciation des accords d'anticipation par référence au contenu d'une loi nationale portant transposition plaide pour le rejet du rattachement (ainsi que la référence faite au représentant de la Direction lorsque la Direction Centrale est située hors du territoire des États auxquels elle s'applique). À l'opposé, des considérations d'opportunité peuvent conduire à approuver ce rattachement. Ainsi l'idée qu'il est toujours préférable que la procédure soit conduite par le réel centre de décisions de l'entreprise ou du groupe. Le sentiment d'une diffusion de la « culture » de représentation européenne du personnel sous-tend également l'affirmative. Le CEE constituerait là une tête de pont d'une idée juridique paneuropéenne (V. B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du Comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012, p. 39, n°73).

³⁶⁶ B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du Comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012, p. 39, n°74.

³⁶⁷ S. PETERSEN, Les accords relatifs au comité d'entreprise européen après la directive du 6 mai 2009 : *JCP S* 2012, 1189 ; A. TEISSIER, Le contenu des accords instituant un comité d'entreprise européen : *JCP S* 2011, 1490 ; J.-P. LHERNOULD, La nouvelle directive CE, une victoire française... quelle victoire ? : *RJS*, 2009, p. 101 et s.

³⁶⁸ Ainsi le considérant 19 de la directive 2009/38 (déjà présent sous la même forme au sein de la directive 94/45) énonce que « conformément au principe de l'autonomie des parties (nous soulignons), *il appartient aux représentants des travailleurs et à la direction de l'entreprise ou de l'entreprise qui exerce le contrôle d'un groupe de déterminer d'un commun accord la nature, la composition, les attributions, les modalités de fonctionnement, les procédures et les ressources financières du comité d'entreprise européen ou d'autres procédures pour l'information et la consultation, de manière à ce qu'elles soient adaptées à leur propre situation particulière* » (Dir. 2009/38, 6 mai 2009, Cons. 19). Et le corps de la directive de poursuivre : « Sans préjudice de l'autonomie des parties, (nous soulignons) *l'accord visé au paragraphe 1 et constaté par écrit entre la direction centrale et le groupe spécial de négociation détermine (...)* » (Dir. 2009/38, 6 mai 2009, art. 6§2 ; Dir. 94/45, 22 sept. 1994, art. 6§2). Laurence Greig note justement que « *la directive sur les comités d'entreprise européens n'a pas fondamentalement changé et sa philosophie demeure la même en ce qu'elle s'attache à*

l'accord est soumis à une loi précise³⁶⁹. Jugée par la pratique, et pratiquée par les juges, la validité des clauses d'élection de for³⁷⁰ prospère dans les accords d'application³⁷¹. Par analogie³⁷², le même sort doit être réservé à une loi d'autonomie insérée dans ces accords³⁷³.

199. Si, étourdies ou malicieuses, les parties au contrat oublient de déterminer une loi applicable, juge et législateur viennent à leur secours.

Sous-section 3 : L'absence d'un choix

200. Le choix des critères. En l'absence de loi explicitement désignée, l'objectif affronte une nouvelle fois le subjectif ; la sécurité juridique s'oppose à l'intention cachée des parties ; le critère fait face *aux* critères. Le juge peut, respectueux de l'autonomie de la volonté, tenter à dépister clauses et indices révélateurs de celle-ci. À cette fin, le recours par les parties à un *contrat type* ou un *contrat d'adhésion* en usage dans un pays déterminé révèle en partie leur intention³⁷⁴. *Idem* en présence d'une clause d'élection de for. L'hypothèse d'un contrat accessoire implique également qu'il soit soumis à la même loi que le principal. Tous ces

l'autonomie des parties (et) à l'équilibre des intérêts (...) » (L. GREIG, Le Comité d'entreprise européen après la directive de 2009 : *mémoire dactyl. Paris II, 2010, p. 23 n°45*).

³⁶⁹ L'article 3§6 de la directive 2009/38 énonce que « la législation applicable pour déterminer si une entreprise est une « *entreprise qui exerce le contrôle* » est celle de l'État membre dont relève la question » (Dir. 2009/38, 6 mai 2009, art. 6§3). Le deuxième alinéa de ce même article envisage l'hypothèse dans laquelle la législation régissant l'entreprise n'est pas celle d'un État membre. Mais il ne s'agit pas là de la loi régissant l'accord mais seulement de la loi déterminant les conditions dans lesquelles l'entreprise dominante est reconnue.

³⁷⁰ Pour une étude détaillée de ce mécanisme de droit international privé, V. F. RIGAUX, Cours général de droit international privé : *Recueil, Cours La Haye, vol. 213, Chapitre V, La clause d'élection de for et la loi d'autonomie en droit international privé étatique, p. 169 et s.*

³⁷¹ Pour une jurisprudence relative à la question V. Cass. soc. 4 nov. 2009, n° 08-17.469 : *Bull. civ.* 2009, V, n°241.

³⁷² En l'absence de loi d'autonomie explicite, la jurisprudence française s'est fréquemment servie de la présence d'une clause attributive de juridiction pour déterminer la loi applicable au contrat (V. P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 554, n°719*).

³⁷³ Si l'accord relève, par la désignation de sa loi d'autonomie, d'un État non destinataire de la directive, la difficulté se contourne par la technique du double rattachement législatif (*cf. supra n°197*).

³⁷⁴ P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 554, n°719*.

éléments concourent à la détermination de la loi applicable ; ils forment un faisceau d'indices, une multiplicité de critères. À l'inverse, le juge peut ne retenir qu'un seul élément de rattachement, soit qu'il l'estime suffisamment révélateur, soit qu'une norme lui prescrive de procéder ainsi. L'opposition est marquée ; il faut trancher.

201. Les critères du choix. Le règlement « Rome I » opte pour un élément de rattachement unique³⁷⁵ : le *lieu de résidence habituel*³⁷⁶ de la partie devant fournir la prestation caractéristique du contrat³⁷⁷. Prudent, il se ménage toutefois une porte de sortie³⁷⁸. Incontestablement générateur de sécurité juridique, un tel choix se justifie par son respect pour la fonction socio-économique du contrat³⁷⁹. Toutefois, pour certains auteurs, l'origine de

³⁷⁵ L'article 4§1 du règlement contient une liste de contrats spéciaux (« vente de biens », « prestation de services », « contrat ayant pour objet un droit réel immobilier », « contrat de franchisage », « contrat de distribution », « vente aux enchères », « opérations portant sur des instruments financiers ») auxquels il associe à chaque fois *un* critère de résolution du conflit de lois. En réalité, cette liste de contrats spéciaux fait figure de « simple illustration » de la solution du règlement : le lieu de résidence habituel de la partie fournissant la prestation caractéristique du contrat (P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 559, n°727*).

³⁷⁶ Le lieu de résidence habituel est déterminé conformément aux dispositions de l'article 19 du règlement Rome I. Pour une personne morale « *le lieu de résidence habituel est celui où elle a établi son administration centrale* » (Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 19§1).

³⁷⁷ On peut se demander pourquoi le critère unique retenu n'est pas le lieu d'exécution du contrat. « *La raison en est très probablement que, dans les contrats d'une certaine complexité, fréquent dans le commerce international, le lieu d'exécution est d'une détermination délicate. Pour peu que le contrat comporte un ensemble d'obligations à exécuter dans plusieurs pays, à quelle obligation faudra-t-il se référer pour déterminer le lieu en cause ?* » (T. VIGNAL, Droit international privé : *Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 265, n° 440*).

³⁷⁸ « *Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* » (Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 4§3).

³⁷⁹ « *L'individualisation de la prestation caractéristique d'un contrat ne soulève évidemment aucune difficulté dans le cas des contrats unilatéraux. Par contre, dans le cas des contrats bilatéraux (synallagmatiques) par lesquels les contractants se chargent mutuellement de prestations réciproques, la contre-prestation d'une des parties, dans l'économie moderne, consiste habituellement en argent. Cette prestation n'est donc pas caractéristique du contrat. C'est la prestation pour laquelle le paiement est dû, c'est-à-dire, selon les différentes catégories de contrats, le transfert de la propriété, la livraison d'objets mobiliers corporels, l'attribution de l'usage d'une chose, la fourniture d'un service, du transport, de l'assurance, de l'activité bancaire, de la caution, etc., qui constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique de l'opération contractuelle* (nous soulignons) » (M. GIULIANO, P. LAGARDE, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles : *J.O.U.E., 31 oct. 1980, n° C 282, p. 1-50*).

ce choix est autre ; « *il est plus réaliste de mettre en avant une considération pratique : dans la plupart des cas, le fournisseur de la prestation caractéristique est un professionnel dont le métier est de réaliser en grand nombre l'opération considérée. Et le plus souvent, c'est lui qui rédige le contrat* »³⁸⁰. Le risque, engendré par l'élection d'un critère unique de rattachement, de dénaturation du contrat³⁸¹ s'éloigne par la présence de la clause d'exception³⁸².

202. La loi, l'accord et l'instance : accord d'anticipation. L'accord d'anticipation, créant une instance européenne d'information-consultation du personnel, constitue une terre propice au principe de la loi d'autonomie³⁸³. Selon le Professeur Teyssié, en l'absence de loi applicable expresse, il faut appliquer simplement, mais rigoureusement, les principes de droit international privé : ces accords d'anticipations « *sont régis par la loi du pays avec lequel ils présentent les liens les plus étroits c'est-à-dire en l'espèce, l'État ou se trouve le siège de l'entreprise ou de la société dominante* » ou le représentant de la structure juridique en Europe³⁸⁴. Loi, accord et instance se marient, ici, avec facilité.

203. La loi, l'accord et l'instance : accord d'application. Les accords d'*application* exposent, eux, à un enchevêtrement troublant du règlement « Rome I » et de la directive 2009/38. En l'absence de loi d'autonomie explicite insérée dans l'accord d'application, la détermination de la loi applicable à ce contrat suscite des contrariétés. La directive 2009/38, dans la pure lignée de son prédécesseur, « omet » d'organiser un système permettant de découvrir la loi applicable à l'accord. Espiègle, le système normatif du règlement « Rome I »

³⁸⁰ P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 560, n°728.*

³⁸¹ Sur la dénaturation du contrat en droit français, v. J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, préf. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 520, n° 503 et s.*

³⁸² Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 4§3: « *Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». Ce mécanisme repose sur l'appréciation du juge : « *c'est lui, en effet, qui, constatant en l'espèce que la loi applicable d'après l'article 4 n'est pas celle qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, désignera une autre loi pour régir celui-ci* ». Cette exception générale tend, d'après le Professeur Vignal, à se rencontrer de plus en plus régulièrement en droit international privé (T. VIGNAL, Droit international privé : *Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 267, n° 445*).

³⁸³ Cf. *supra* n°197.

³⁸⁴ B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du Comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis, 2012, p. 38, n°72.*

s'incorpore dans la directive³⁸⁵. Mais cette incorporation ne tend pas à la désignation d'une loi applicable ; elle vise la détermination du débiteur de l'institution d'un comité d'entreprise européen³⁸⁶. La directive nous enseigne que la *direction centrale* est « responsable de la création des conditions et des moyens nécessaires » à l'institution d'une telle représentation³⁸⁷. Si la direction centrale n'est pas située dans un État membre, le représentant de celle-ci devient le débiteur de l'obligation³⁸⁸. Enfin, à défaut de tel représentant, l'obligation pèse sur la direction de l'établissement ou de l'entreprise du groupe employant le plus grand nombre de travailleurs dans un État membre³⁸⁹. Le critère de la *résidence habituelle* de la partie devant fournir la prestation³⁹⁰ est *systématiquement présent*. Celui-ci est simplement détourné de son usage habituel.

204. En résumé, une *formule de synthèse* est possible. L'accord d'application est considéré comme un contrat de droit international privé. À ce titre, l'on recherche la loi qui lui est applicable. À défaut de choix exercé, la loi régissant le contrat est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle³⁹¹. La résidence habituelle s'entend, pour une personne morale, du lieu où elle a établi son administration³⁹². La loi applicable à l'accord d'application est celle du lieu où l'entreprise a établi son administration. Or, la directive 2009/38 organise la détermination du débiteur de l'obligation d'instituer une instance européenne de représentation du personnel : la direction centrale constitue ce débiteur. Ainsi la détermination de ce débiteur conduit, *ipso facto*, en l'absence de choix exprès, à découvrir la loi applicable au contrat : c'est celle qui régit le débiteur de l'obligation.

³⁸⁵ Et était déjà d'ailleurs incorporé dans la directive 94/45, ce qui tend à consacrer le critère de la résidence habituelle comme un critère constant dans l'œuvre normative européenne relative aux situations transnationales.

³⁸⁶ Ou de la procédure d'information et de consultation des travailleurs. L'on ne retient ici que la première alternative : la seconde ne peut fonder une *instance* mondiale de représentation du personnel.

³⁸⁷ Dir. 2009/38, 6 mai 2009, art. 4§1.

³⁸⁸ Dir. 2009/38, 6 mai 2009, art. 4§2.

³⁸⁹ Dir. 2009/38, 6 mai 2009, art. 4§3.

³⁹⁰ La « prestation » dans le contrat, que constitue l'accord d'application, correspond à l'institution d'un comité d'entreprise européen. La prestation repose, d'après la directive 2009/38, sur la direction centrale (à défaut, son représentant, à défaut l'établissement/entreprise employant le plus grand nombre de salariés dans un État membre).

³⁹¹ Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 3§1.

³⁹² Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art. 19§1.

205. Conclusion de section. Le régime européen de la représentation du personnel apparaît marqué par le principe de droit international privé de la loi d'autonomie ; ses ramifications y sont profondes et insidieuses. Mais celui-ci se construit principalement autour de ses propres normes.

Section 2 : L'application des normes européennes

206. Tendances européennes. Tautologique, la formule demeure pertinente : le régime *euro péen* des instances de représentation du personnel applique des normes *euro péennes*. Les grandes tendances du droit de l'Union influencent ces normes³⁹³. Ces tendances, le compromis et l'autonomie, dans un paradoxe très européen, apparaissent aux antipodes l'une de l'autre ; elles contribuent pourtant à façonner les normes de cet ordonnancement juridique. Celui-ci « *vise à « teinter » progressivement les droits étatiques de concepts communs aux fins de tendre, à terme, vers une même législation »*³⁹⁴. Les normes européennes fondant une instance de représentation du personnel n'échappent pas à cette règle.

207. La culture du compromis³⁹⁵. Ces normes, « *inscrites dans les traités, règlements ou directives communautaires résultent de compromis entre les États membres et sont soumises à l'interprétation téléologique de la Cour de justice de sorte qu'elles peuvent n'avoir qu'un lointain rapport avec leurs homonymes en droit français »*³⁹⁶. À la différence apparente des normes internes³⁹⁷, les normes de Bruxelles résultent souvent de consensus³⁹⁸ politiques entre

³⁹³ Et tout particulièrement les directives 2009/38/CE, 6 mai 2009 et 94/45/CE, 22 septembre 1994.

³⁹⁴ R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ? : *JCP S 2014, 1066*.

³⁹⁵ Le compromis renvoie « à la transaction par laquelle deux parties se font des concessions mutuelles » (Dictionnaire de l'Académie Française, « compromis » 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>)

³⁹⁶ P. MORVAN, Le vocabulaire du droit du travail *in* Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIE : éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 27.

³⁹⁷ La loi nationale est souvent caractérisée comme expression la plus pure de la volonté générale, dans la tradition Rousseauiste (J.-J. ROUSSEAU, Le contrat social : *GF Flammarion, 2012, Titre II, Chapitre V, p. 73 et s.*). Le compromis semble absent de sa création. Pourtant, la loi nationale est, elle aussi, le fruit régulier de compromis. Ceux-ci ne sont, certes, pas liés à une pluralité d'États parties à la création de la loi, mais ils peuvent émaner de courants divergents au sein d'une majorité, de l'action de la société civile ou de lobbies.

les États membres. Le consensus nourrit le compromis, qui lui-même habitue au consensus... La directive 2009/38 se place sous ce signe du compromis³⁹⁹, il est inscrit dans sa culture, par l'effet d'une attente sans doute trop longue⁴⁰⁰. À la culture du compromis succède celle de l'autonomie.

208. La culture de l'autonomie. L'autonomie est la possibilité de s'administrer librement dans un cadre déterminé⁴⁰¹. Selon le Professeur Kessedjian, « (elle) est un prisme par lequel il est possible d'analyser toutes les opérations juridiques, qu'elles soient celles des États ou des individus, ou, entre les deux, de communautés (ou de groupes) plus ou moins larges ou plus ou moins homogènes »⁴⁰². Ce concept semble, plus qu'ailleurs, agencer le droit européen ; de l'autonomie du système juridique européen à l'autonomie des États membres, sans oublier l'autonomie de la volonté des sujets de droit⁴⁰³, le droit européen offre une large palette de conceptions de la notion. La directive, outil communautaire par excellence, cristallise cette réalité⁴⁰⁴. L'autonomie relève de la fonction de *méthode* ; elle guide la vie juridique de

³⁹⁸ Le consensus renvoie, lui, à « l'accord exprès ou tacite établi entre les membres d'un groupe, d'un parti, d'une conférence diplomatique, sur l'action à mener, la politique à suivre » (Dictionnaire de l'Académie Française, « consensus », 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>).

³⁹⁹ B. TEYSSIE, Droit européen du travail : *Lexis Nexis*, 2013, 5^{ème} éd., p. 383, n°871.

⁴⁰⁰ La directive 94/45 aurait dû, selon ses propres dispositions, conduire à un réexamen au plus tard le 22 septembre 1999 : « Au plus tard le 22 septembre 1999, la Commission réexamine, en consultation avec les États membres et les partenaires sociaux au niveau européen, les modalités d'application de la présente directive et examine notamment si les seuils d'effectifs sont adéquats, en vue de proposer au Conseil, en tant que de besoin, les modifications nécessaires » (Dir. 94/45/CE, 22 sept. 1994, art. 15).

⁴⁰¹ Dictionnaire de l'Académie Française, « autonomie », 9^{ème} éd. : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>

⁴⁰² C. KESSEDJIAN, Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : éd. *Panthéon-Assas*, 2013, p. 14.

⁴⁰³ J.-S. BERGÉ, Concurrence normative et autonomie en droit européen : de quoi parle-t-on ? in Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : éd. *Panthéon-Assas*, 2013, p. 77.

⁴⁰⁴ L'autonomie préside la nature normative de la directive. Elle est présente à *naissance* ; l'Union ne peut créer cet acte juridique que dans le cadre de ses compétences, de son autonomie normative conférée par les traités. Elle est aussi présente au-delà de son instant de création ; les États Membres sont tenus de transposer la directive, mais ils ne sont liés que par le résultat à atteindre, ils sont autonomes quant à la forme et aux moyens pour y parvenir (art. 288 T.F.U.E). Cette autonomie accordée aux États dans la transposition semble toutefois remise en cause par la netteté du contenu des directives (V. J.-M. OLIVIER, Conclusion in *Les normes sociales européennes*, dir. B. TEYSSIE : éd. *Panthéon-Assas*, 2000, p. 119).

l'ordonnement de l'Union⁴⁰⁵. La notion se signale au temps de la *négociation* de l'accord instituant une instance européenne de représentation du personnel mais aussi au temps de la *transposition* de la directive 2009/38 par les États membres.

209. La directive 2009/38 constitue le « cœur » actuel du régime européen fondant les comités d'entreprise européens (**Sous-section 1**)⁴⁰⁶. Vitale, elle est inefficace sans le concours indispensable de ses lois de transposition (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'application des dispositions de la directive 2009/38

210. La place du contrat⁴⁰⁷. La directive 2009/38 incite à la création d'instances par voie d'accord ; elle réserve une place de choix au contrat ; elle incite à sa conclusion⁴⁰⁸. L'attention particulière du législateur européen à l'égard des *négociateurs* de l'accord révèle cette volonté de conférer une place primordiale au contrat. La composition du groupe spécial de négociation (GSN), pilier du « système » européen de la représentation collective⁴⁰⁹, est

⁴⁰⁵ C. KESSEDIAN, *Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États : éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 85.*

⁴⁰⁶ L'intention n'est pas, ici, de procéder à une analyse détaillée de cette directive mais de tenter d'en dégager les traits caractéristiques intéressant les instances mondiales de représentation du personnel issues de comités d'entreprise européens. Pour une analyse détaillée de la directive 2009/38/CE v. B. TEYSSIÉ, *Le comité d'entreprise européen. - (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009. – Ord. n°2011-1328, 20 oct. 2011) : JCP S 2011, 1489 ; B. TEYSSIÉ, Droit européen du travail : Lexis Nexis, 2013, 5^{ème} éd. ; B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du comité d'entreprise européen : Lexis Nexis, 2012).*

⁴⁰⁷ V. notamment B. TEYSSIÉ, *Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel in Mélanges offerts à Jacques Béguin : 2005, p. 743.*

⁴⁰⁸ V. par ex. le Professeur A. Lyon-Caen énonçant que la méthode principale retenue par la directive pour parvenir aux résultats qu'elle définit constitue la négociation collective. Selon cet auteur, l'essentiel dans la directive 94/45 est autant son objet, instituer une représentation européenne du personnel, que la méthode pour atteindre cet objectif, la négociation collective (A. LYON-CAEN, *La négociation collective dans ses dimensions internationales : Dr. soc. 1997, p. 361, n°32*).

⁴⁰⁹ Benjamin Krief expose que « *l'émergence puis la confirmation du groupe spécial de négociation est la première expression du droit commun (européen de la représentation collective) qui prend forme. Cette instance créée en 1994 est actuellement le seul acteur représentant l'ensemble des salariés lors d'une négociation transnationale d'entreprise ou de groupe* » (B. KRIEF, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, préf. B. TEYSSIÉ : éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 152, n°291*).

renouvée par la directive 2009/38⁴¹⁰. Celle-ci renforce les obligations de la direction centrale et des directions locales, en matière d'information aux salariés ; ces derniers doivent pouvoir bénéficier de toutes les informations nécessaires à l'ouverture des négociations⁴¹¹. Par petites touches, la directive « refonte » persévère dans l'effort de son prédécesseur ; la recherche de la conclusion d'un accord domine le dispositif.

211. La place faite au contrat dans la directive 2009/38 s'exprime aussi dans l'autonomie abandonnée aux parties. Celle-ci, présente dans les considérants de la directive⁴¹², recouvre, selon un auteur, à la fois l'autonomie institutionnelle et l'autonomie de la volonté. « *C'est bien en effet la faculté de créer un contrat particulier pour l'entreprise qui est ici envisagée, applicable à toutes ses structures* »⁴¹³ ; voilà pour l'autonomie institutionnelle. L'autonomie contractuelle se manifeste dans le pouvoir confié aux contractants d'élaborer le contenu même de la norme ; « *la primauté de la loi contractuelle assure la construction d'un dispositif de représentation du personnel adapté aux aspirations de ceux qui l'ont forgé* »⁴¹⁴. Pour certains, l'empire de la liberté laissée aux cocontractants s'étend au-delà du raisonnable⁴¹⁵.

⁴¹⁰ « *La directive du 6 mai 2009 rompt avec le dispositif précédent pour épouser celui gouvernant la constitution du groupe spécial de négociation dans les sociétés européennes en formation. Le nombre de membres du GSN dépend de la clé de répartition, entre les États destinataires de la directive, des salariés employés dans les établissements de l'entreprise ou les sociétés du groupe. Est alloué un siège par tranche de 10 % des effectifs employés dans l'ensemble des États de l'Espace économique européen ; toute tranche commencée justifie l'attribution d'un siège (...)* » (B. TEYSSIÉ, Le comité d'entreprise européen. - (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009. - Ord. n°2011-1328, 20 oct. 2011) : *JCP S 2011, 1489*).

⁴¹¹ Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 4 § 4.

⁴¹² « *Conformément au principe de l'autonomie des parties, il appartient aux représentants des travailleurs et à la direction de l'entreprise ou de l'entreprise qui exerce le contrôle d'un groupe de déterminer d'un commun accord la nature, la composition, les attributions, les modalités de fonctionnement, les procédures et les ressources financières du comité d'entreprise européen ou d'autres procédures pour l'information et la consultation, de manière à ce qu'elles soient adaptées à leur propre situation particulière* » (Dir. 2009/38, 6 mai 2009, Cons. 19)

⁴¹³ E. PATAUT, Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : dialogue social européen et autonomie de la volonté *in* Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 134, n°312.

⁴¹⁴ B. TEYSSIÉ, Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel *in* Mélanges offerts à Jacques Béguin : 2005, p. 743.

⁴¹⁵ Benjamin Krief alerte sur la quête de contrat du droit européen de la représentation collective ; le contrat primerait au détriment du droit. L'auteur souligne néanmoins que ce mal a été endigué, en partie, par les légères

212. La discrétion de la directive. L'audace du contrat se nourrit de la brièveté de la norme. Révérence étant faite à la conclusion d'accords, « *l'objet (du) texte n'est pas en effet de décrire le comité d'entreprise européen, il est d'en prévoir les modalités de création* »⁴¹⁶. La directive 2009/38 n'impose au contrat que sept clauses « obligatoires »⁴¹⁷. Elle aménage ainsi, à la marge, les six clauses obligatoires⁴¹⁸ de la directive 94/45. Avancée notable, la directive de 2009 impose aux parties de se prononcer sur « *les modalités d'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et (les) instances nationales de représentation des travailleurs* »⁴¹⁹. Prudente, elle ne dicte pas l'ordre des consultations⁴²⁰.

213. Cette discrétion de la directive puise également ses origines dans la nature de *compromis* du texte. En recourant à l'autonomie des parties, l'Union se déleste d'un fardeau politique. Le chemin menant à l'adoption de la directive 2009/38 a été long. Dans son rôle préféré de dissident européen, le Royaume-Uni a « boycotté » la directive 94/45 à ses débuts⁴²¹ ; son ralliement tardif au dispositif illustre les difficultés politiques soulevées par ce texte. Les élargissements successifs de l'Union européenne n'ont pas participé à apaiser

retouches de la directive 2009/38 (B. KRIEF, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, préf. B. TEYSSIE : éd. *Panthéon-Assas*, 2011, p. 247, n°489).

⁴¹⁶ E. PATAUT, *Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : dialogue social européen et autonomie de la volonté in Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, dir. C. KESSEDJIAN : éd. *Panthéon-Assas*, 2013, p. 135, n°312.

⁴¹⁷ La nullité de l'accord en l'absence d'une de ces clauses n'apparaît pas complètement acquise (V. B. KRIEF, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, préf. B. TEYSSIE : éd. *Panthéon-Assas*, 2011, p. 209, n°409).

⁴¹⁸ La directive 2009/38 ajoute une clause potentielle sur la présence d'un comité restreint au sein de l'instance de représentation du personnel : Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 6§2 e). V. B. TEYSSIE, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen* : *Lexis Nexis*, 2012, p. 83, n° 182.

⁴¹⁹ Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 6 §2 c).

⁴²⁰ V. B. KRIEF, *L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation du personnel* : *JCP S 2012, 1116* ; L. DRIGUEZ, *Refonte de la directive sur le comité d'entreprise européen : un rendez-vous manqué* : *Europe*, 2009, 312 ; Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, Cons. 37.

⁴²¹ La Grande-Bretagne n'a « accepté » le dispositif issu de la directive 94/45 qu'en 1997 (Dir. 97/74/CE, 15 déc. 1997).

l'adoption⁴²². La discrétion de la directive est une ode classique à la culture du compromis de l'Union.

214. L'audace de l'idée. Au-delà des silences, par-delà les intentions, la directive 2009/38 demeure, comme la directive 94/45 l'était, une audace du législateur européen. Lorsque l'économie se crispe, le national tend à ressurgir et l'europpéen à souffrir. Dans un monde où les droits du travail nationaux ont une réelle difficulté à intégrer le phénomène de l'internationalisation des échanges, où ils s'adaptent difficilement, faute de percevoir clairement les zones de perturbation des relations de travail internes⁴²³, le droit de l'Union montre son audace et affirme sa croyance dans le développement de son « modèle »⁴²⁴ social par ces directives. « *Créer une instance fédératives des différents établissements d'un groupe disséminé en plusieurs parties du territoire de l'Union* »⁴²⁵ : telle est l'ambition de ce texte.

215. Par sa nature de directive, le dispositif est inefficace sans le concours de lois de transposition ; leur rôle se révèle, *in fine*, prépondérant.

⁴²² Le Professeur Teyssié note que « *la diversité des regards nationaux sur les dispositifs tendant à assurer l'information et la consultation des travailleurs – que contribuèrent à accroître les élargissements successifs de l'Union – est telle qu'elle rend fort complexe la quête de solutions techniques susceptibles de recevoir l'assentiment du plus grand nombre (...)* » (B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail : Lexis Nexis, 2013, 5^{ème} éd, p. 382, n°871*).

⁴²³ M.-A. MOREAU, *Règlements et directives en matière sociale in Les normes sociales européennes*, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 40, n°69*.

⁴²⁴ V. J.-C. JAVILLIER, *Sur l'Europe, le Droit et le droit social in Les normes sociales européennes*, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 13, n°10 et s.*

⁴²⁵ E. PATAUT, *Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : dialogue social européen et autonomie de la volonté in Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, dir. C. KESSEDIAN : *éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 134, n°310*.

Sous-section 2 : La place prépondérante de la loi nationale de renvoi

216. Un double recours. Le recours aux lois nationales intervient essentiellement à deux niveaux⁴²⁶ : sur la constitution du GSN⁴²⁷ et sur les pouvoirs du comité d'entreprise, *via* la détermination de la loi applicable à la direction centrale⁴²⁸. Si le nombre de ces recours est limité, l'importance des normes de transposition auxquelles renvoie la directive est essentielle : les lois nationales de transposition déterminent les *négociateurs* de l'accord, salariés et employeurs, ainsi que le *fonctionnement* de l'instance. Déjà affectée d'importantes variations d'une instance à l'autre par l'effet de l'autonomie des parties, l'instance européenne de représentation du personnel s'expose à de nouvelles variations substantielles par le jeu des lois de transposition. L'*autonomie* des États se superpose à celle des contractants.

217. Les variations illustrées⁴²⁹. Compétentes sur la composition du GSN et le fonctionnement de l'instance, les normes de transposition des directives 2009/38 et 94/45 disposent, dans le *silence* de leurs normes « sources », de la possibilité d'élargir le cercle⁴³⁰ du comité d'entreprise d'européen à des travailleurs non-membres de l'EEE. L'étude comparée de six législations d'Etats membres illustre la place déterminante laissée à l'autonomie des États dans la transposition de ces normes.

218. Panel. La France, l'Italie et la Belgique, membres *fondateurs* de la Communauté ; l'Espagne et l'Irlande, membres *intégrés* à cette Communauté ; Malte *nouveau* membre de l'Union. Le panel propose une réelle diversité de situations d'intégration des États membres dans l'Union.

⁴²⁶ E. PATAUT, Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : dialogue social européen et autonomie de la volonté *in* Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 134, n°310.

⁴²⁷ La directive 2009/38 renvoie à chaque loi de transposition pour désigner les membres du GSN : « *Les États membres déterminent le mode d'élection ou de désignation des membres du groupe spécial de négociation qui doivent être élus ou désignés sur leur territoire* » (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 5§2 a)).

⁴²⁸ Cf. *supra* n°203.

⁴²⁹ L'illustration est intéressée ; elle touche au propos sur les instances mondiales de représentation du personnel s'appuyant sur le régime européen.

⁴³⁰ La paternité de cette expression revient au Professeur Teyssié (B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012, p. 78, n°174 et s.).

219. France. Par sa loi de transposition de la directive 94/45⁴³¹, la France interdit spécifiquement aux représentants de salariés employés dans des États autres que ceux de l'Espace Économique Européen de disposer du droit de vote au sein du comité d'entreprise européen⁴³². La transposition par ordonnance⁴³³ de la directive 2009/38 n'a pas modifié cette disposition.

220. Irlande. L'Irlande a transposé la directive 2009/38 par un *Statutory Instrument* en date du 13 juillet 2011⁴³⁴. Celui-ci amende la transposition de la directive 94/45. Ni le texte de transposition de l'acte de 2011, ni la transposition originelle de 1996, ni les transpositions partielles⁴³⁵ n'apportent de précision sur la participation de représentants de salariés extérieurs à l'EEE au fonctionnement de l'instance ou du GSN. Les seules modifications concernant celui-ci émanent directement de la transposition de la directive 2009/38 ; les règles de détermination du nombre de représentants par pays ainsi que l'information de la direction centrale et des directions régionales sont précisées⁴³⁶.

221. Belgique. La législation belge est peu prolixe sur les instances européennes de représentation du personnel. Fruit d'une législation traditionnellement structurée et organisée sur le même modèle que la législation française, l'analogie peut se révéler intéressante. La directive 2009/38 a été transposée par une loi du 26 janvier 2012 ne modifiant la loi de

⁴³¹ L. n° 96-985, 12 novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective : *J.O.R.F.*, 13 nov. 1996),

⁴³² Art. L. 2344-1 al. 2 C. trav. : « *L'employeur et les représentants des salariés peuvent décider d'associer aux travaux du groupe spécial de négociation ou du comité d'entreprise européen des représentants des salariés employés dans des Etats autres que ceux mentionnés à l'article L. 2341-1. Ces membres associés n'ont pas le droit de vote au sein de l'instance considérée* ».

⁴³³ Ord. n°2011-1328 du 20 octobre 2011 portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 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.

⁴³⁴ Statutory Instrument S.I. N.o. 380 of 2011 : European Communities (Transnational Information and Consultation of Employees Act 1996) (Amendment) Regulations 2011.

⁴³⁵ Relatives notamment à « l'auto-exclusion » de l'application des dispositions de la directive 94/45 au Royaume-Uni jusqu'en 1997 (*cf. supra note sous n°179*).

⁴³⁶ Amendment of section 10 of the Transnational Information and Consultation of Employees Act of 1996.

transposition initiale qu'à la marge⁴³⁷. Celle-ci ne mentionnait pas de représentants salariés employés dans des États hors-EEE.

222. Malte. Malte n'ayant intégré l'Union Européenne qu'en 2004, n'a pu transposer la directive 94/45. La transposition de la directive refonte 2009/38 constitue le premier texte législatif maltais régissant la mise en place d'instances européennes de représentation du personnel. De ce fait, celui-ci se révèle particulièrement détaillé. Une disposition du texte de transposition retient l'attention⁴³⁸. L'article 2, relatif aux définitions, énonce qu'on entend par « Etat Membre » un État de l'Union Européenne, ou de l'EEE, ou tout autre État que le Ministère peut prescrire⁴³⁹. Cette précision ouvre la possibilité d'une application du régime européen de représentation du personnel *in extenso* à des États tiers à l'EEE ; il suffit que la loi régissant cette institution soit maltaise.

223. Espagne. Le Royaume d'Espagne a transposé la directive 2009/38 en 2011⁴⁴⁰, qui modifie sa transposition initiale de 1997⁴⁴¹. Si la seconde transposition est particulièrement fidèle à sa directive source, c'est la première qui nourrit la réflexion. Dès 1997, la loi de transposition espagnole énonce que des représentants salariés d'États non membres de l'EEE peuvent participer sans droit de vote (« *con voz pero sin voto* ») aux réunions du GSN, à la fois réuni seul mais aussi avec la direction centrale⁴⁴². Les seules conditions attachées à leur présence constituent leur appartenance à l'entreprise ou au groupe de dimension

⁴³⁷ Loi du 23 avril 1998, publié le 21 mai 1998 portant des mesures d'accompagnement en ce qui concerne 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.

⁴³⁸ Subsidiary Legislation 452.107 – European Work Council (Further provisions) regulations. 10th June, 2011.

⁴³⁹ Subsidiary Legislation 452.107 – European Work Council (Further provisions) regulations. 10th June, 2011. 2.(1) : « *Member State* » means a member state of the European Union, of the European Economic Area or any state as the Minister may prescribe ».

⁴⁴⁰ Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria.

⁴⁴¹ Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

⁴⁴² Artículo 9, Ley de 24 abril 1997, §3 : « *En las reuniones de la comisión negociadora y en las que esta celebre con la dirección central podrán participar, con voz pero si voto, representantes elegidos por los trabajadores de Estados no miembros donde la empresa o el grupo tengan centros de trabajos o empresas, cuando así lo decidan de común acuerdo la dirección central y la comisión negociadora* ».

communautaire et le double accord de la direction et du GSN. La loi de transposition de la directive de 2009 n'a pas abrogé cette disposition : elle demeure en vigueur.

224. Italie. L'Italie a transposé la directive refonte par *un decreto legislativo* de juin 2012⁴⁴³. Celui-ci est, en grande partie, fidèle aux prescriptions de la directive, particulièrement en ce qui concerne le GSN. En aucun cas la transposition ne prévoit un régime particulier pour les représentants de salariés non-membres de l'EEE.

225. Des disparités et un désintérêt. L'étude de ces six lois de transposition montre une grande hétérogénéité de situations : trois Etats ne légifèrent pas en ce domaine (Belgique, Irlande, Italie), un Etat semble entrouvrir la porte à une application mondiale du régime européen (Malte) alors que deux États refusent le droit de votes aux membres extérieurs (France, Espagne). Au-delà des intentions, bienveillantes ou maladroitement, des législateurs français et espagnols, le silence de la directive 2009/38 est regrettable. Issues de la *première* loi de transposition, le législateur européen pouvait-il ignorer les disparités nées des différentes transpositions ? L'Union européenne s'est désintéressée d'une possibilité unique de servir d'appui et de modèle de représentation du personnel.

226. Conclusion de section. Marquée du sceau de l'autonomie, guidée par les chemins du contrat, l'application des normes européennes est tributaire des lois de transposition. Celles-ci introduisent une hétérogénéité préjudiciable à la cohérence globale du système. Toutefois, ce régime européen sert en pratique à l'institution d'instances mondiales de représentation du personnel ; c'est l'application *mondiale* des normes européennes.

⁴⁴³ Decreto legislativo 22 giugno 2012, Attuazione della direttiva 2009/38/CE riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie.

Section 3 : L'application mondiale des normes européennes

227. Juge impartial, la pratique a parfois consacré l'hypothèse des « comités d'entreprise européens étendus »⁴⁴⁴ (**Sous-section 1**). Mais l'impartialité de la pratique mène à un jugement manifeste : le régime européen constitue une impossible assise pour une instance mondiale (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'hypothèse des comités étendus

228. **La tentation de l'élargissement.** L'institution d'une instance européenne de représentation du personnel, obligation pour les entreprises et groupes de dimension communautaire⁴⁴⁵, représente une tentation pour l'entreprise transnationale. Sur des bases européennes, une instance mondiale peut être édifiée. D'une instance continentale à une instance mondiale, le pas semble aisé à franchir. La tentation se nourrit de l'espace contractuel abandonné aux parties dans la négociation des accords⁴⁴⁶ ; de celui-ci peut naître un comité d'entreprise européen « mondialisé »⁴⁴⁷. Aux parties d'imaginer, dès la conception de l'instance européenne de représentation personnel, une vision *mondiale* de celle-ci ; à l'accord d'implication de tracer les contours de l'instance.

⁴⁴⁴ L'on entend par cette expression de comités d'entreprise européens étendus des comités accueillant en leur sein des représentants de salariés d'États non-membres de l'EEE.

⁴⁴⁵ La directive 2009/38 énonce ainsi « *qu'un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation des travailleurs est institué dans chaque entreprise de dimension communautaire et chaque groupe d'entreprises de dimension communautaire, lorsque la demande en est faite suivant la procédure prévue à l'article 5, paragraphe 1, dans le but d'informer et de consulter lesdits travailleurs. Les modalités d'information et de consultation des travailleurs sont définies et mises en œuvre de manière à en assurer l'effet utile et à permettre une prise de décision efficace de l'entreprise ou du groupe d'entreprises* » (Dir. 2009/38, 6 mai 2009, art. 1 §2). L'institution ne devient obligatoire qu'à partir du moment où une « *demande écrite d'au moins cent travailleurs, ou de leurs représentants, relevant d'au moins deux entreprises ou établissements situés dans au moins deux États membres différents* » (Dir. 2009/38, 6 mai 2009, art. 5 §1).

⁴⁴⁶ Cf. *supra* n°208.

⁴⁴⁷ Selon l'expression du Professeur Teyssié (B. TEYSSIÉ, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen : Lexis Nexis, 2012, p. 78, n°175*).

229. Les intérêts de la tentation. L'inclusion de représentants de salariés d'États non destinataires de la directive relève de la politique sociale et de la stratégie économique⁴⁴⁸. Aux détenteurs du pouvoir de décisions dans l'entreprise transnationale de parcourir le chemin de la diplomatie sociale. La création d'une instance *européenne* de représentation du personnel est à double tranchant. L'absence de telles instances dans d'autres espaces régionaux élève l'instance européenne au rang d'unique instance *internationale* de représentation du personnel. Mais fermer les portes de celle-ci aux autres représentants de l'entreprise revient à les marginaliser ; le dialogue social à l'échelle mondiale risque alors de se déliter. La partition est délicate⁴⁴⁹.

230. La directive 2009/38 dessine une instance européenne façonnée, principalement, pour les *groupes* ; ses dispositions relatives aux entreprises dominées et dominantes en témoignent. Le renvoi aux dispositions nationales érige souvent le critère capitalistique au rang de critère unique⁴⁵⁰. Le réseau ignore ces liens⁴⁵¹. Le recours à l'autonomie des parties peut conduire à incorporer, dans le cercle de l'instance, les partenaires commerciaux du réseau.

231. La tentation matérialisée. Contraints par la norme européenne, ou précurseurs dans l'âme, de nombreux groupes européens sont désormais dotés d'une instance européenne de représentation du personnel⁴⁵². Renault⁴⁵³, PSA Peugeot Citroën⁴⁵⁴, Schneider Electric⁴⁵⁵,

⁴⁴⁸ B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012, p. 78, n°175.

⁴⁴⁹ Les CE européens à la recherche de la bonne dose de mondialisation : *Liaisons soc. Europe 2011*, n°287-288, p. 1.

⁴⁵⁰ Pour rappel, la directive énonce que « *le fait de pouvoir exercer une influence dominante est présumé établi, sans préjudice de la preuve du contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise : détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise ; dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ; ou peut nommer plus de la moitié des membres du conseil d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise* » (Dir. 2009/38/CE, art 2 §2). La France a décidé de « prolonger », selon l'expression du Professeur Teyssié, la norme européenne par un renvoi aux dispositions du Code de commerce (C. com., art. L. 233-1 s). L'Irlande a fait le choix d'une réécriture des critères développés dans la directive, sans renvoi à d'autres dispositions internes (Transnational Information and Consultation of Employees Act, 1996) Le Royaume-Uni recopie la directive in extenso (Transnational Information and Consultation of Employees Regulations 1999 : No. 3323).

⁴⁵¹ Cf. *supra* n°80.

⁴⁵² En mai 2012, le nombre de comités d'entreprise européens était de 1 219 et le nombre de salariés concernés atteignait les 18 millions, soit 10% des salariés de l'Union (<http://www.clesdusocial.com/comite-d-entreprise-europeen>).

Veolia⁴⁵⁶, Thomson Multimedia⁴⁵⁷, Arcelor⁴⁵⁸ ; tous ces géants accueillent une instance européenne de représentation du personnel élargie⁴⁵⁹. La tentation s'est matérialisée.

232. Concrétiser une tentation c'est s'exposer à la déception. Le monde globalisé requiert des instances *efficaces* et *intéressées*. Les comités d'entreprise européens n'offrent pas une assise suffisamment aboutie pour arbitrer une instance mondiale.

Sous-section 2 : Une impossible assise pour l'instance mondiale

233. Les comités d'entreprise européens, incontestables vecteurs de dialogue social et porteurs d'une idée de représentation transnationale du personnel, demeurent une expérience *continentale*. La culture juridique teintant ces normes est impossible à reproduire sur d'autres continents (§1). Les fruits même de cette culture juridique, ses impératifs incontournables, freinent l'expansion de l'instance européenne (§2).

§1 : Une culture juridique régionale

234. Une culture juridique⁴⁶⁰. Tenter de définir *une* culture⁴⁶¹ juridique revient, le plus souvent, à opérer un exercice de réduction ; il s'agit de débusquer des dénominateurs

⁴⁵³ *Liaisons soc. 2003, Bref, n° 13881, p. 1 ; Liaisons soc. Europe 2003, n° 80, p. 4.*

⁴⁵⁴ Accord-Cadre Mondial sur la Responsabilité sociale de l'entreprise, 20 mai 2010 (<http://www.psa-peugeot-citroen.com/fr/medias/communiqués-de-presse/psa-peugeot-citroen-renouvelle-son-accord-cadre-mondial>).

⁴⁵⁵ *Liaisons soc. Europe 2005, n° 129, p. 12.*

⁴⁵⁶ *Liaisons soc. Europe 2011, n°287-288, p. 1.*

⁴⁵⁷ *Liaisons soc. Europe, 2000, n° 15, p. 8.*

⁴⁵⁸ *Liaisons soc. Europe 2005, n°121, p. 1.*

⁴⁵⁹ La nature de l'élargissement diffère d'un grand groupe à l'autre ; pour l'un il s'agit d'offrir un « strapontin » aux membres associés, pour d'autres il s'agit de les « titulariser ».

⁴⁶⁰ Le doyen Carbonnier est d'un secours inestimable dans cette analyse (J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 47, n°20 s.).

⁴⁶¹ Selon l'Académie Française, la culture (seule) représente « *l'ensemble des acquis littéraires, artistiques, artisanaux, techniques, scientifiques, des mœurs, des lois, des institutions, des coutumes, des traditions, des*

communs, des principes partagés, des comportements en usage, des normes fondatrices. L'opération relève du mythe. En accomplissant une telle démarche, son auteur procédera par *distinction*. Celle-ci, comme le remarquait Pierre Bourdieu, est quelque chose d'impalpable car elle a son siège dans le jugement⁴⁶². Le jugement prononcé en ressort vicié. Comment procéder ? Le droit s'immisce à chaque instant de la vie d'une société ; il « *n'a pas besoin d'intermédiaires pour faire sentir sa présence dans la culture du pays. Il y est déjà par des mots et des proverbes* »⁴⁶³.

235. Le choix des critères menant à la reconnaissance d'une culture juridique prête lui-même à débat (puisqu'en soi, il est déjà un jugement de ce qu'est une culture juridique !). Doit-on se pencher plus spécialement sur la *forme* ? Une culture juridique se distinguera alors d'une autre par sa concision, la clarté de son style judiciaire : *l'elegantia juris* en somme⁴⁶⁴. Jetons un voile pudique sur cet argument. Il revient à déclarer une culture juridique comme élégante par comparaison avec une autre brouillonne. Doit-on accorder les honneurs au *fond* ? La motivation d'un arrêt cristallisera la qualité d'une culture juridique⁴⁶⁵. Mais l'imprécision est parfois une culture, l'abstraction une volonté⁴⁶⁶ ; ceux-ci peuvent servir l'autonomie juridique. Les critères traditionnels doivent être rejetés. Une culture juridique ne se définit pas *positivement* ; elle s'appréhende par *analogie*.

236. La culture juridique européenne. Assemblage hétéroclite de cultures nationales, la culture européenne se définit péniblement. Des auteurs relèvent une époque marquée par « *la pluralité, sinon la concurrence des cultures juridiques* »⁴⁶⁷. Au sein de l'Union européenne,

modes de pensée et de vie, des comportements et usages de toute nature, des rites, des mythes et des croyances qui constituent le patrimoine collectif et la personnalité d'un pays, d'un peuple ou d'un groupe de peuples, d'une nation » (Dictionnaire de l'Académie Française, « culture », 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>). Le droit étant par lui-même une culture selon le Doyen Carbonnier, sa reconnaissance est impossible (J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 48, n°20).

⁴⁶² V. P. BOURDIEU, La distinction, Critique sociale du jugement : *Les Éditions de Minuit*, 1979.

⁴⁶³ J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 48, n°20.

⁴⁶⁴ J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 47, n°20.

⁴⁶⁵ J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 47, n°20.

⁴⁶⁶ D'ailleurs, comme le rappelle avec force Henri Motulsky, « *la règle de droit est (...) nécessairement abstraite et générale* » (H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs du droit subjectif : *Dalloz*, 2002 (rééd.), p. 16).

⁴⁶⁷ F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, La culture juridique française en question : *D. 2014*, 72.

cette concurrence se fait sentir ; la culture juridique française, teintée de romanisme, tente de triompher sur la culture juridique anglaise, marquée du sceau de la *Common Law*. Au-delà de luttes internes, il existe bel et bien une *culture juridique européenne*. Par analogie avec d'autres espaces régionaux, le simple fait que l'Europe s'essaye à l'édification d'une culture juridique commune, par l'élaboration de normes partagées, prouve l'existence de celle-ci. Les spécificités de la culture juridique européenne jaillissent des intentions qui la parcourent. La finalité du droit européen siège dans l'idée de *convergence* des législations des États membres⁴⁶⁸. L'*harmonisation* progressive de celles-ci est une spécificité de la culture juridique européenne. L'*autonomie* est un outil au service de l'harmonisation ; le *compromis*, un contretemps inévitable. Ainsi, derrière la volonté d'harmoniser, la culture juridique européenne est faite de *contradictions*. C'est peut être là ce qui la définit le mieux.

237. Une culture juridique de contradictions. Cette contradiction émane des États membres. Pour un auteur, l'institution d'une instance *européenne* de représentation du personnel dessine des cercles de confrontation. Au premier rang vient le cercle des cultures nationales, « *auxquelles les partenaires de chaque pays vouent fidélité malgré les critiques plus ou moins violentes qu'ils peuvent lui adresser* »⁴⁶⁹. Les représentants des salariés dans les instances européennes accordent, trop souvent, une influence moindre à leur mandat transnational qu'à leur mandat national⁴⁷⁰. Les différences d'intérêts et de socles culturels communs sont pointées du doigt au sein des instances européennes de représentation collective⁴⁷¹. Les États membres eux-mêmes affichent leur scepticisme⁴⁷². Nul n'est prophète en son pays, mais tendre à une vocation mondiale est un pari audacieux.

⁴⁶⁸ R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ? : *JCP S 2014, 1066*.

⁴⁶⁹ J.-P. JACQUIER, Les chemins possibles du comité d'entreprise européen : *Dr. soc. 1996, p. 1081*.

⁴⁷⁰ H. KNUDSEN : European Works Councils – Potentials and Obstacles on the Road to Employee Influence in Multinational Companies : *Industrielle Beziehungen, 11. Jg, Heft 3, 2004, p. 218*.

⁴⁷¹ H. KNUDSEN : European Works Councils – Potentials and Obstacles on the Road to Employee Influence in Multinational Companies : *Industrielle Beziehungen, 11. Jg, Heft 3, 2004, p. 218*.

⁴⁷² V. le guide britannique édicté par le *Department for Business Innovation and Skills* à l'occasion de la transposition de la directive 2009/38 s'attachant principalement *aux coûts* de la nouvelle législation (The Transnational Information and Consultation of Employees (Amendment) Regulations 2010, Guidance : *April 2010*).

238. La culture européenne délaissée. Au-delà des spécificités de la culture européenne, l'entreprise transnationale peut se désintéresser de cette culture juridique cristallisée dans son instance de représentation. L'identité de l'entreprise transnationale doit primer ; « *(celle-ci) n'a pas de patrie continentale, elle doit conquérir le monde. Sa politique de relations sociales doit se ressembler dans les différentes unités du groupe à travers le monde, en Europe comme ailleurs* »⁴⁷³. Si elle désire être multiculturelle, et assurer la représentation de ses travailleurs, la directive 2009/38 ne constitue pas l'outil adapté.

239. Illustration parfaite de la culture juridique régionale, la directive 2009/38 pose, par elle-même et *via* ses lois de transposition, des impératifs juridiques empêchant l'épanouissement d'une réelle instance *mondiale* sur son fondement.

§2 : Des impératifs juridiques incontournables

240. La parole des lois de transposition (*I*) conjuguée au silence de la norme « source » (*II*) constituent des impératifs juridiques incontournables pour les comités d'entreprise européens mondialisés.

I. La parole des lois de transposition

241. Plaidoyer pour l'effectivité des instances. Les lois de transposition espagnole et française de la directive 94/45 ont ouvert le cercle du comité d'entreprise européen à des membres associés. Dans leur bienveillance, ces textes ont pris le soin de leur refuser le droit de vote⁴⁷⁴. L'instance mondiale de représentation du personnel n'est efficace que si elle exprime la volonté *effective* de tous ses travailleurs. Ces interdictions législatives doivent être dépassées pour garantir l'efficacité de ces instances. Une telle opération n'est pas du goût de

⁴⁷³ J.-P. JACQUIER, Les chemins possibles du comité d'entreprise européen : *Dr. soc.* 1996, p. 1081.

⁴⁷⁴ Pour rappel, le Code du travail français énonce que « *l'employeur et les représentants des salariés peuvent décider d'associer aux travaux du groupe spécial de négociation ou du comité d'entreprise européen des représentants des salariés employés dans des Etats autres que ceux mentionnés à l'article L. 2341-1. Ces membres associés n'ont pas le droit de vote au sein de l'instance considérée* » (art. L. 2344-1 al. 2 C. trav.). La loi espagnole expose, elle : « *En las reuniones de la comisión negociadora y en las que esta celebre con la dirección central podrán participar, con voz pero si voto, representantes elegidos por los trabajadores de Estados no miembros donde la empresa o el grup tengan centros de trabajos o empresas, cuando así lo decidan de común acuerdo la dirección central y la comisión negociadora* » (Artículo 9, Ley de 24 abril 1997, §3).

tous⁴⁷⁵. Le contournement doit nécessairement s'opérer par le biais du droit européen et des mécanismes offerts par sa délicate procédure.

242. La procédure européenne au secours de l'effectivité. La remise en cause d'interdictions législatives⁴⁷⁶ par le droit européen peut s'opérer par les différents niveaux de droits de l'Union : le droit primaire et le droit dérivé. Le premier est, ici, d'un secours limité. Il faut se tourner vers le second et tenter de s'appuyer sur la directive, le produit européen, pour remettre en cause la norme de transposition, le produit interne. La spécificité de cette remise en cause réside dans le lien unissant les deux normes : la norme « d'accueil » est contestée par la norme « d'origine ». Le droit européen et sa procédure offrent alors différents mécanismes permettant directement, ou indirectement, à un particulier de se prévaloir des dispositions d'une directive. Le mécanisme « roi » en la matière est incontestablement l'effet direct (A) ; des mécanismes alternatifs doivent néanmoins retenir l'attention (B).

A. Le mécanisme de l'effet direct

243. Reconnaître la possibilité d'un effet direct (1), en définir les conditions (2) et l'appliquer (3) : tel est le triptyque à réaliser.

1. La reconnaissance de l'effet direct

244. Oppositions initiales ; capitulation finale. Alors que le traité ne prévoyait pas une telle faculté⁴⁷⁷, la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁷⁸ a reconnu de manière constante la

⁴⁷⁵ Ainsi le Professeur Chapus affirme sans détour que la supériorité de la Constitution est une nécessité, « *qu'il en aille autrement, et ce serait la fin de ce qui subsiste encore de l'identité de l'État et l'achèvement de la dissolution, déjà bien avancée, de l'ordre juridique national* » (R. CHAPUS, Droit administratif général, Tome I : Montchrestien, Domat, 2001, 15^{ème} éd., p. 144). Sa position exprime toute la sensibilité de l'articulation de normes provenant de l'ordre interne et d'un ordre externe. Et encore plus particulièrement lorsque ces ordres sont enchevêtrés aussi profondément que le sont les ordres français et européen.

⁴⁷⁶ Le Professeur Teyssié qualifie l'interdiction de droit de vote aux membres associés de l'article L. 2344-1 al. 2 du Code du travail de règle, *in fine*, d'ordre public (B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du comité d'entreprise européen : Lexis Nexis, 2012, p. 66, n°139).

⁴⁷⁷ L'article 288 TFUE (ex-189 CEE) a toujours explicitement conféré un effet direct aux règlements, à l'inverse des directives pour lesquelles aucun effet direct explicite n'est prévu : « *Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. La directive lie*

capacité d'une directive à produire des effets directs⁴⁷⁹. À l'inverse, le juge administratif français⁴⁸⁰ a très longtemps refusé une telle reconnaissance⁴⁸¹. Le Conseil d'Etat considérait que la nature même des directives (s'adressant aux seuls Etats et n'imposant que de mettre en œuvre des objectifs définis⁴⁸²) s'opposait à la possibilité qu'elles puissent posséder un tel effet⁴⁸³. Sa jurisprudence s'est finalement alignée sur la jurisprudence communautaire en 2009⁴⁸⁴ : l'effet direct des directives était enfin intégralement reconnu en France. Le Conseil d'État espagnol a reconnu plus facilement l'effet direct des directives⁴⁸⁵. Pour autant,

tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

⁴⁷⁸ La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) est devenu la Cour de Justice de l'Union européenne au 1^{er} décembre 2009 avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

⁴⁷⁹ CJCE, aff n°26-62, Van Gend en Loos, 5 février 1963 pour la reconnaissance de l'effet direct des dispositions de droit primaire ; CJCE, aff. n°41/74, Van Duyn, 4 décembre 1974, pour la reconnaissance de l'effet direct des dispositions d'une directive.

⁴⁸⁰ Le juge judiciaire français a été moins réticent à reconnaître un effet direct aux directives, pourvu qu'elles respectent certaines conditions. V. par ex. Cass. com., 7 juin 2006, n°03-15.118 : « Mais attendu qu'ayant énoncé que, depuis le 1er janvier 1993, la directive 92/83 exonère de droits l'alcool utilisé dans la fabrication de médicaments, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche inopérante invoquée par la quatrième branche et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les première, deuxième, troisième, cinquième, sixième et septième branches, a ordonné à bon droit le dégrèvement du droit de consommation, objet du procès-verbal du 11 décembre 1998, justifiant légalement sa décision ». L'analyse s'intéressera principalement au juge administratif dans ses rapports avec la CJCE notamment en raison de l'obligation d'un effet vertical ascendant.

⁴⁸¹ Cette opposition du juge français à l'effet direct des directives est décrite par des observateurs étrangers comme l'opposition la plus forte au sein de l'Union : « Francia ha sido el Estado que probablemente haya llevado el combate más encarnizado contra el efecto directo de las directivas. El Consejo de Estado ha sido la plataforma que ha centralizado esa oposición » (M. CANTO GARCIA, El efecto directo horizontal en las directivas y el tratado de Maastricht : *Boletín núm. 1730-31-Pág. 206*).

⁴⁸² J. CAVALLINI, Reconnaissance d'un effet direct des directives et preuve des discriminations : *JCP S 2009, 1569*.

⁴⁸³ Le Conseil d'Etat avait exprimé sa position, consistant à un refus de la reconnaissance d'un effet direct pour les directives, dans l'arrêt Cohn-Bendit (CE, 22 déc. 1978, n°11604, *Min. intérieur c/ Cohn-Bendit*).

⁴⁸⁴ L'alignement s'est opéré via l'arrêt Perreux (CE, 30 oct. 2009, n°238348, *Mme Perreux*).

⁴⁸⁵ V. E. GARCIA-TREVIJANO GARNICO, Sobre la incorporación del Derecho Comunitario en el Derecho interno: una visión práctica : *Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, N° 1, 1993, págs. 195-226* cité in M. CANTO GARCIA, El efecto directo horizontal en las directivas y el tratado de Maastricht : *Boletín núm. 1730-31-Pág. 206* ; V. également SENTENCIA 79/1989, de 4 de mayo de 1989 del Tribunal Constitucional de España sur lequel le Conseil d'État espagnol s'est appuyé pour reconnaître l'effet direct.

reconnaître la capacité d'une directive à produire un effet direct ne revient pas à reconnaître cette capacité à toutes les directives. Des conditions sont posées pour encadrer son utilisation.

2. Les conditions de l'effet direct

245. Identité des conditions. Ces conditions sont identiques aussi bien en droit européen qu'en droit national français. L'étude de la jurisprudence permet de faire émerger des conditions fondamentales à la reconnaissance de l'effet direct. Elles sont au nombre de deux. La disposition de la directive doit d'abord être inconditionnelle, précise et claire⁴⁸⁶. La directive doit, également, ne pas avoir été transposée⁴⁸⁷ (la directive ne peut ainsi produire un effet direct qu'après la fin du délai de transposition) ou ne pas avoir été correctement transposée⁴⁸⁸. La théorie de l'effet direct, liée à l'action des juges, étant rappelée, il faut maintenant confronter le mécanisme aux interdictions législatives.

⁴⁸⁶ Ce triple critère, qui n'en forme en réalité qu'un seul lié à l'expression de la volonté du législateur européen, existe depuis la reconnaissance même de la possibilité de conférer un effet direct à une directive : « *Attendu que le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire* » (CJCE, aff. n°26-62, Van Gend en Loos, 5 février 1963). Pour une application récente, voir CJUE, aff. jtes C-471/07 et C-472/07, AGIM et a. 14 janv 2010, §26 : « *À cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'État* ».

⁴⁸⁷ CJCE, aff. 148/78, Ratti, 5 avril 1979, §23 : « *Qu'il faut donc répondre à la première question qu'un Etat membre ne saurait appliquer sa loi interne – même si elle est assortie de sanctions pénales – non encore adaptée à une directive, après l'expiration du délai fixé pour sa mise en œuvre, à une personne qui s'est conformée aux dispositions de ladite directive* ».

⁴⁸⁸ CJCE, C-62/00, Marks & Spencer, 11 juillet 2002, §27 : « *Il découle de ce qui précède que l'adoption de mesures nationales transposant correctement une directive n'a pas pour conséquence d'épuiser les effets de celle-ci et qu'un Etat membre demeure tenu d'assurer effectivement la pleine application de la directive même après l'adoption de ces mesures. Dès lors, les particuliers sont fondés à invoquer devant le juge national, à l'encontre de l'Etat, les dispositions d'une directive qui apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, dans tous les cas où la pleine application de celle-ci n'est pas effectivement assurée, c'est-à-dire non seulement en cas d'absence de transposition ou de transposition incorrecte de cette directive, mais aussi dans le cas où les mesures nationales qui transposent correctement ladite directive ne sont pas appliquées de manière à atteindre le résultat qu'elle vise* ».

3. L'applicabilité de l'effet direct

246. Les conditions d'invocation. Au-delà des conditions attachées à l'effet direct, et avant d'appliquer le mécanisme *in concreto*, un rappel des conditions, ou plus précisément des interdictions, d'invocation de l'effet direct s'impose. Ces interdictions tiennent intégralement à la capacité d'invoquer cet effet direct⁴⁸⁹. Ce dernier ne peut être que « vertical » : l'invocation ne peut se faire qu'à l'occasion d'un litige entre un particulier et l'Etat⁴⁹⁰. Ainsi, un particulier ne peut pas invoquer l'effet direct des dispositions directives à l'encontre d'un autre particulier. L'effet direct « vertical » n'est, par ailleurs, qu'ascendant : seul le particulier peut l'opposer à l'Etat et non l'inverse⁴⁹¹.

247. Les limites de l'invocation. L'obstacle majeur à une application directe de la directive 2009/38 réside dans son absence de dispositions concernant d'éventuels membres associés. La mécanique même de l'effet direct consiste à substituer à une disposition nationale, improprement transposée, une disposition communautaire claire, précise et inconditionnelle. La directive 2009/38 ne comporte aucune disposition relative aux membres associés : aucune application de l'effet direct n'est donc possible. L'effet direct est impropre à neutraliser les dispositions des législations française et espagnole. Le contournement de l'interdiction du droit de vote faite aux membres associés demeure impossible. Il faut maintenant se tourner vers des mécanismes alternatifs de procédure européenne.

⁴⁸⁹ On considère à ce stade du raisonnement, et pour les besoins du développement, que les conditions fondamentales de l'effet direct ont été satisfaites.

⁴⁹⁰ CJCE, C-91/92, Paola Faccini Dori, 14 juillet 1994, §25 : « *Il s'ensuit que, à défaut de mesures de transposition de la directive dans les délais prescrits, les consommateurs ne peuvent pas fonder sur la directive elle-même un droit à renonciation à l'encontre des commerçants avec lesquels ils ont conclu un contrat et le faire valoir devant une juridiction nationale* ».

⁴⁹¹ CJCE, aff 152/84, Marshall, 26 février 1986, §48 : « *Quant à l'argument selon lequel une directive ne peut pas être invoquée à l'encontre d'un particulier, il convient de souligner que, selon l'article 189 du traité [actuel art. 288 TFUE], le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de « tout Etat membre destinataire ». Il s'ensuit qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une personne. Il convient donc d'examiner si, en l'espèce, la défenderesse doit être regardée comme ayant agi en tant que particulier* ».

B. *L'existence de mécanismes alternatifs*

248. L'effet direct mis en échec, le droit européen n'est pas sans défense pour faciliter l'invocation des directives devant une juridiction nationale, juge de droit commun de l'Union européenne. L'invocation de la directive peut se réaliser par le mécanisme de l'interprétation conforme (1), de l'exclusion (2) ou de la disproportion (3).

1. *L'invocation par l'interprétation*

249. L'interprétation conforme ou l'insuffisance de l'invention. L'invocation d'une directive au nom de l'interprétation conforme du droit national à cette directive est un mécanisme fréquemment soulevé en procédure européenne⁴⁹². La juridiction nationale, juge de droit commun du droit de l'Union Européenne, est tenue d'interpréter la loi de transposition au regard de la directive, source de cette transposition⁴⁹³. Cette obligation d'interprétation conforme trouve toutefois une limite avec l'interdiction de procéder à une interprétation *contra legem* d'une loi de transposition au nom de la directive d'origine⁴⁹⁴. Et cette limite se révélerait fatale à une quelconque tentative d'invocation de la directive face à l'article L. 2344-1 alinéa 2 du Code du travail français et à *l'articolo 9, Ley de 24 abril 1997*,

⁴⁹² V. J. CAVALLINI, *Le juge d'ailleurs : responsabilité individuelle et droit de l'Union, les infortunes du droit de grève face aux libertés de circulation in La sanction en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ : éd. *Panthéon Assas*, 2013, p. 248.

⁴⁹³ CJCE, aff. 14/83, *Von Colson et Kamann*, §26 : « *Il convient, toutefois, de préciser que l'obligation des Etats membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des états membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive 76/207, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, paragraphe [art. 288 TFUE]* ».

⁴⁹⁴ L'interdiction d'une interprétation *contra legem* à une loi de transposition nationale résulte d'une jurisprudence implicite de la CJCE : « *Dans la mesure où le droit national comporte une règle excluant l'application rétroactive d'une loi à défaut d'indication claire et dépourvue d'ambiguïté en sens contraire, une juridiction nationale, saisie d'une demande fondée sur une violation d'une disposition de la loi nationale transposant la directive 1999/70 n'est tenue, en vertu du droit communautaire, de conférer à ladite disposition un effet rétroagissant à la date d'expiration du délai de transposition de cette directive que s'il existe, dans ce droit national, une indication de cette nature, susceptible de conférer à cette disposition un tel effet rétroactif* » (CJCE, aff. C-268/06, *Impact*, 15 avril 2008).

§3. Les termes de ces dispositions excluent catégoriquement le droit de vote aux membres associés.

2. L'invocation par l'exclusion

250. Unanimité doctrinale. La doctrine majoritaire⁴⁹⁵ avance sans discussion la possibilité d'invoquer une directive pour exclure des dispositions nationales qui seraient contraires à ses dispositions. Cette invocation par l'exclusion aurait pour effet de rendre inapplicables les dispositions contraires de la norme de transposition (sans pour autant substituer les dispositions de la directive « source » aux dispositions de transpositions ainsi écartées)⁴⁹⁶.

251. Avatar jurisprudentiel. L'invocation par l'exclusion apparaît comme un *avatar* jurisprudentiel, une parade prétorienne aux attitudes récalcitrantes des juridictions suprêmes nationales⁴⁹⁷. Si exclure une disposition nationale en vertu d'une directive source est déjà, en

⁴⁹⁵ V. J. CAVALLINI, Reconnaissance d'un effet direct des directives et preuve des discriminations : *JCP S* 2009, 1569 ; R. MEDHI, *J-Cl, Europe, Fasc. 195* : Ordre juridique de l'Union Européenne. - Effet direct ; J. RIDEAU, *J-Cl, Europe, Fasc. 190* : Ordre juridique de l'Union Européenne. – Sources écrites.

⁴⁹⁶ Plusieurs exemples d'application de l'invocabilité d'exclusion dans les jurisprudences de la CJCE (CJCE, 9 juin 1992, aff. Jtes C-228/90 à 234/90, C-339/90 et C-353/90, Simba et a., §29) : « *Il y a donc lieu de répondre que, pour autant qu'une loi nationale introduisant un droit tel que l'impôt de consommation est considérée comme incompatible avec des dispositions du droit communautaire conventionnel conférant des droits aux particuliers, cette loi doit être écartée par les juridictions nationales, étant entendu que, dans une telle hypothèse, les particuliers concernés ne sont pas tenus d'acquitter le droit en cause* ».

(CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-443/98, Unilever Italia SpA, §52) : « *Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question qu'il incombe au juge national, dans le cadre d'une procédure civile opposant des particuliers au sujet de droits et d'obligations d'ordre contractuel, de refuser d'appliquer une règle technique nationale qui a été adoptée pendant une période de report d'adoption prévue à l'article 9 de la directive 83/189* ».

(CE, 28 sept. 1984, n° 28467, Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française) : « *Considérant, d'autre part, qu'en subordonnant dans tous les cas à l'accord du propriétaire ou de son mandataire l'abattage des animaux lorsque celui-ci se révèle nécessaire pour leur épargner des souffrances inutiles, le décret soumet cette obligation d'abattage à une condition supplémentaire qui va à l'encontre du but poursuivi tant par la convention que par la directive du 18 juillet 1977 ; qu'il est, dans cette mesure, entaché d'illégalité* ».

⁴⁹⁷ Cette parade prétorienne émane autant du Conseil d'Etat français, récalcitrant à reconnaître un effet direct aux directives pendant plusieurs décennies, que de la Cour de Justice des Communautés Européennes, soucieuse de ménager les sensibilités des cours suprêmes nationales.

soi, une reconnaissance d'une influence considérable d'une norme sur l'autre, prétendre s'arrêter à cette étape est une aberration. Exclure une disposition nationale en vertu d'une disposition européenne revient, *de facto*, à forcer le législateur à se mettre en conformité avec la norme source. Et, dans l'entre-temps, quelle norme appliquer si ce n'est cette même norme source ? Car il serait impensable que l'invocation d'une directive européenne crée un vide juridique ou cette directive est supposée favoriser le développement du droit. L'invocation par l'exclusion semble constituer une variante de l'invocation par substitution reposant sur l'effet direct. Une action visant à invoquer la directive 2009/38 pour exclure les dispositions française et espagnole semble, une nouvelle fois, vouée à l'échec ; celles-ci ne s'opposent pas frontalement aux dispositions de la directive⁴⁹⁸.

3. *L'invocation par la disproportion*

252. Création prétorienne. Ni la doctrine ni le législateur n'ont consacré ce mécanisme d'invocation. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg montre qu'une telle invocation, tenant à la « qualité » de transposition de la directive, demeure possible. Il s'agit d'invoquer la directive source lorsque la loi de transposition a fixé des règles plus restrictives ou plus détaillées que la norme dont elle découle⁴⁹⁹. Pour permettre de contourner

⁴⁹⁸ L'invocation du respect du 11^{ème} considérant préside à la directive 2009/38/CE semble un argument bien maigre pour voir aboutir une telle action : « *Les procédures pour l'information et la consultation des travailleurs prévues dans les législations ou pratiques des États membres ne sont souvent pas adaptées à la structure transnationale de l'entité qui prend la décision affectant ces travailleurs. Cette situation peut entraîner un traitement inégal des travailleurs touchés par les décisions au sein d'une même entreprise ou d'un même groupe* ». Car, même si une directive doit être interprétée au regard des motifs la présidant (CJCE, 15 mai 1997, aff. C-355/95 P, TWD c/ Comm., §21 ou encore CJCE, 30 sept. 2003, aff. T-346/02 et T-347/02, Cableuropa et a. c/ Comm., §211), le considérant ne vise pas explicitement les situations des salariés étrangers à l'EEE.

⁴⁹⁹ L'arrêt Ratti offre une illustration parfaite de ce qu'on peut appeler l'invocation par la disproportion. CJCE, aff. 148/78, Ratti, 5 avril 1979, §27 : « *Qu'il résulte donc du système de la directive 73/173/CEE, qu'un État membre ne peut introduire dans sa législation nationale des conditions plus restrictives que celles prévues par la directive en cause, ou même plus détaillées, ou en tout cas différentes, en ce qui concerne la classification, l'emballage et l'étiquetage des solvants et que cette interdiction d'imposer des restrictions non prévues s'applique tant à la mise directe des produits sur le marché national qu'aux produits importés* ».

Plus récemment, l'arrêt Laval a démontré que la Cour de Luxembourg n'avait pas abandonné ce raisonnement. CJCE, C-351/05, Laval, 18 déc 2007, §80 : « *Il n'en demeure pas moins que l'article 3, paragraphe 7, de la directive 96/71 ne saurait être interprété en ce sens qu'il permet à l'État membre d'accueil de subordonner la réalisation d'une prestation de services sur son territoire à l'observation de conditions de travail et d'emploi*

l'interdiction législative, il faut considérer que les lois française et espagnole, en interdisant le droit de vote aux membres associés au CEE, se sont montrées plus sévères et restrictives que la directive-source qui était demeurée silencieuse sur la question. Ça n'est qu'en partant de ce postulat, incertain, que l'on peut considérer l'invocation par la disproportion comme un mécanisme légitimement invocable.

253. Techniques d'invocation. Dans l'ordre juridique français, le raisonnement consisterait soit à soulever devant le juge administratif une exception d'illégalité, reposant sur l'invocation de la directive justifiée par la disproportion de sa transposition française⁵⁰⁰, soit à contester la loi de transposition par le contrôle de conventionalité que peut exercer tout juge. L'issue de ces procédures est pour le moins incertaine.

254. Le chemin de l'impossible. Entre utopie et réalité, la remise en cause d'une norme de transposition, se fondant sur la directive source appartient au domaine de l'utopie. L'invocation par la disproportion apparaît comme le seul passage possible ; il est pour le moins incertain. La procédure européenne se transforme aux yeux du justiciable en une matière particulièrement complexe. La multitude des mécanismes offerts par le droit européen ne doit pas induire en erreur : leur efficacité et effectivité restent limitées et contribuent peu à la sécurité et la prévisibilité de ce droit. Clarifier et épurer le système de recours aux directives constitue une nécessité. « *Quand on est allé trop loin, le progrès consiste à revenir en arrière* »⁵⁰¹. Comment, en matière de procédure, ne pas écouter Henri Motulsky ?

255. Des chemins à explorer. Une première proposition reviendrait à « codifier » l'effet direct reconnu aux directives. L'article 288 TFUE devrait ainsi être modifié afin de prévoir cette possibilité. Une intervention du législateur européen serait nécessaire. Une deuxième

allant au-delà des règles impératives de protection minimale. En effet, pour ce qui est des matières visées à son article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous a) à g), la directive 96/71 prévoit expressément le degré de protection dont l'État membre d'accueil est en droit d'imposer le respect aux entreprises établies dans d'autres États membres en faveur de leurs travailleurs détachés sur son territoire. Par ailleurs, une telle interprétation reviendrait à priver d'effet utile ladite directive ».

⁵⁰⁰ L'invocabilité de la directive par la voie de l'exception est possible, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, tant que la procédure est dirigée à l'encontre d'un acte réglementaire fondé sur une loi contraire à une directive.

⁵⁰¹ H. MOTULSKY, *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 501 ; Études et notes de droit international privé, préf. H. BATIFFOL et Ph. FRANCECAKIS : *Dalloz*, 1978, p. 49.

proposition pourrait être de clarifier le système de recours aux directives devant les juridictions nationales. Dans toutes les hypothèses, le premier critère de l'effet direct, une disposition inconditionnelle, précise et claire, apparaît comme un critère pertinent. Mais pourquoi ne pas consacrer clairement une distinction entre une directive non-transposée et une directive transposée ? La jurisprudence n'offre pas, actuellement, de dichotomie parfaite en la matière⁵⁰². Il semble pourtant qu'appliquer un régime différent aux deux situations permettrait d'offrir une meilleure lecture des possibilités d'invocation d'une directive source. A défaut de transposition⁵⁰³, et dès lors que le premier critère de l'effet direct serait satisfait, la directive-source devrait s'appliquer pleinement, directement et systématiquement. Une fois la transposition effectuée, le critère premier de l'effet direct pourrait s'effacer au profit d'une appréciation d'ensemble reposant sur plusieurs critères : la disproportion de la transposition, le premier critère de l'effet direct ou encore une contradiction entre la directive-source et sa norme de transposition. En fonction de l'état de transposition de la directive, le régime et ses mécanismes seraient à la fois différents et certains.

256. La procédure européenne, malgré ses spécificités, ne doit pas oublier que sa finalité réside dans l'effectivité du droit qu'elle protège. Et cette notion d'effectivité, fondamentale aux yeux d'Henri Motulsky⁵⁰⁴, semble cruellement manquer à l'invocation de directives devant les juridictions nationales. Elle ne permet pas de contourner les impératifs juridiques freinant le développement des instances mondiales de représentation du personnel. La parole des lois prime sur l'autonomie des parties. Le silence de la norme-source se rajoute à ces contraintes.

II. Le silence de la directive

257. Une absence remarquée. S'étant désintéressé de la question de l'élargissement du cercle de l'instance européenne de représentation du personnel⁵⁰⁵, le législateur européen s'est également abstenu de conférer un pouvoir de négociation à l'instance européenne de

⁵⁰² CJCE, C-62/00, Marks & Spencer, 11 juillet 2002, §27.

⁵⁰³ Dans les délais fixés par la directive.

⁵⁰⁴ C. CHAINAIS, Rapport de synthèse. – Le destin d'une pensée visionnaire : *Procédures*, 2012, 14.

⁵⁰⁵ Et ce alors que la doctrine relevait déjà la possibilité d'élargissement après l'édiction de la directive 94/45 (V. B. TEYSSIÉ, Le comité d'entreprise européen : *Economica*, 1997 ; J.-P. JACQUIER, Les chemins possibles du comité d'entreprise européen : *Dr. soc.* 1996, p. 1081).

représentation du personnel. Au-delà de la négociation *imposée* par les circonstances, lorsque l'entreprise ou le groupe subissent une modification de leur composition⁵⁰⁶, la négociation *volontaire* est absente des dispositions de la directive 2009/38. Dénuée de prérogatives particulières, l'instance européenne de représentation du personnel perd un atout maître. Aux directions centrales de groupe souhaitant conclure un accord *transnational*, le comité d'entreprise européen apparaît comme un interlocuteur « pertinent »⁵⁰⁷ ; il représente la seule instance structurée à ce niveau de représentation. La directive 2009/38 a ici manqué un rendez-vous.

258. Des accords dépréciés. Malgré les silences, malgré les incertitudes, certaines directions tentent l'exercice de la conclusion d'un accord avec l'instance européenne de représentation du personnel. La question de sa valeur surgit immédiatement ; la déterminer requiert d'identifier la loi applicable à ce contrat⁵⁰⁸. Cette étape accomplie, l'accord se rattache à une catégorie juridique déterminée dans le droit qu'on lui applique. « *Si la loi applicable est la loi française, l'accord conclu avec le seul comité d'entreprise européen oscillera entre droit commun des obligations (à base de force obligatoire mais aussi d'effet relatif) et engagement unilatéral de l'employeur* »⁵⁰⁹. La sécurité juridique commande, pour l'instant, une transposition pays par pays de l'accord afin d'assurer son effectivité⁵¹⁰. Un tel mécanisme piétine l'esprit de l'accord, par essence *transnational*.

259. Un orphelin de la personnalité morale. En n'attribuant des droits qu'à l'information et à la consultation, la directive 2009/38 ne satisfait qu'un élément du dialogue social. Celui-ci est *nécessairement* orphelin d'une capacité de négociation seule capable de produire des effets juridiques durables. Le premier pas vers la consécration de prérogatives de négociations aux instances européennes de représentation du personnel serait constitué par l'attribution d'une personnalité morale au comité d'entreprise européen. Cette faculté ne relève, pour

⁵⁰⁶ V. B. KRIEF, Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, préf. B. TEYSSIE : éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 347, n°672 s.

⁵⁰⁷ B. TEYSSIE, La négociation transnationale d'entreprise ou de groupe : *Dr. soc.* 2005, p. 982.

⁵⁰⁸ Cf *supra* n°182 s.

⁵⁰⁹ B. TEYSSIE, La négociation transnationale d'entreprise ou de groupe : *Dr. soc.* 2005, p. 982.

⁵¹⁰ B. TEYSSIE, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz*, 2008, p. 821 et s.

l'instant, que des seuls États membres⁵¹¹. Que le législateur européen attribue la personnalité morale au comité d'entreprise européen et la pratique consacrera pleinement les accords conclus avec une instance européenne de représentation du personnel.

260. Détournement. Le silence de la directive est doublement préjudiciable ; il prive l'instance d'un pouvoir de négociation d'accords applicables au sein de son périmètre de représentation ; il détourne l'entreprise transnationale du comité d'entreprise européen d'un destin mondial.

261. Conclusion de section. L'application au monde des normes européennes soulève des interrogations en bataille. L'Union européenne possède une culture juridique régionale difficilement transposable au monde. Des impératifs juridiques contenus dans le régime européen freinent l'expansion des comités d'entreprise européens ; la parole des lois de transposition et le silence de la directive constituent ces obstacles.

262. Conclusion de chapitre. Marquées par le principe de la loi d'autonomie, les normes européennes relatives à une instance de représentation du personnel voguent entre autonomie et compromis. Le régime européen de représentation du personnel est toujours en quête de cohérence et de légitimité⁵¹². Avant de tenter d'associer le reste du monde⁵¹³, il doit se perfectionner. Le rapport dû par la Commission aux institutions de l'Union en 2016⁵¹⁴ peut être un tremplin pour le comité d'entreprise européen. Négociation collective, articulation des consultations, temps de l'information et de la consultation ; la rénovation du comité d'entreprise européen passe par ces thèmes. L'instance mondiale de représentation du

⁵¹¹ En la matière, l'hétérogénéité frappe une nouvelle fois. La France accorde la personnalité morale au comité d'entreprise européen (art. L. 2343-7 C. trav.). D'autres pays comme le Portugal ou les Pays-Bas ne la lui accordent pas. Pour un tableau comparatif v. <http://www.ewcdb.eu/index.php>.

⁵¹² « Gouverner les hommes... Bâtir des normes... Il y a faut de la légitimité. Celle qui, si souvent, retint la vigilante attention du dédicataire de ses lignes, celle qui, au-delà des mots du droit, donne autorité à la règle. Le précepte est intangible. La norme sociale n'y échappe pas » (B. TEYSSIÉ, L'accord collectif de niveau communautaire in *Mélanges Decoq : Litec, 2004, p. 567*).

⁵¹³ J.-P. JACQUIER, Les chemins possibles du comité d'entreprise européen : *Dr. soc. 1996, p. 1081*.

⁵¹⁴ « Au plus tard le 5 juin 2016, la Commission fait rapport au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur la mise en œuvre des dispositions de la présente directive, accompagné, le cas échéant, des propositions appropriées » (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 15).

personnel doit chercher dans un autre ordonnancement juridique un foyer propice à son développement : la loi sociale transnationale.

Chapitre 2 : Un régime mondial : la loi sociale transnationale

263. Le droit international. « *Le droit international se définit comme le droit applicable à la société internationale* »⁵¹⁵. La société internationale, selon une distinction opérée par une théorie de sociologie allemande, provient des nécessités de l'échange et des intérêts⁵¹⁶. Elle rejoint l'idée primaire de « société » au sens commercial, formée dans l'idée de générer des bénéfices⁵¹⁷. *Ubi societas, ibi jus*. Là où il y a une société, il y a un droit : celui de la société internationale. Il constitue la traduction de l'expression « International Law » inventée par *Jeremy Bentham*⁵¹⁸.

264. Jusqu'à l'apparition de cette expression, celle de *jus gentium* (« le droit des gens ») prédominait. Invention romaine, la notion renvoyait à un ensemble de règles particulières aux opérations internationales, différentes de celle du *jus civile* mais également de celles du droit des cités étrangères des pérégrins⁵¹⁹. Sublimée et décortiquée par Grotius⁵²⁰, la notion est

⁵¹⁵ NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J., Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 43, n°1.*

⁵¹⁶ Une théorie allemande de sociologie distingue la « communauté » (*Gemeinschaft*) de la « société » (*Gesellschaft*). « *Le lien communautaire serait fondé sur le sentiment (parenté, voisinage ou amitié) tandis que le second proviendrait seulement des nécessités de l'échange, c'est-à-dire des intérêts. La vie en communauté développerait des relations de confiantes et intimes, alors qu'un état de tension caractériserait fondamentalement la vie basée en société basée uniquement sur l'intérêt. À l'échelon universel, le concept de société international serait ainsi concevable et non celui de communauté internationale* » (NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J., Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 48, n°5).*

⁵¹⁷ Cf. *supra* note sous n°102.

⁵¹⁸ Ainsi l'expression « international law » apparaît à plusieurs reprises sous la plume de *Jeremy Bentham* : « *Principles of legislation in matters betwixt nation and nation, or, to use a new though not inexpressive appellation, in matters of international law* » ; « *In the second place, with regard to the political quality of the persons whose conduct is the object of the law. These may, on any given occasion, be considered either as members of the same state, or as members of different states: in the first ease, the law may be referred to the head of internal, in the second case, to that of international jurisprudence* » (*J. BENTHAM, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1781): Batoche Books, Kitchener, 2000, p. 10, p. 236.*) L'expression était née ; elle devait rester.

⁵¹⁹ B. ANCEL, Droit international privé comparé : *Université Panthéon-Assas, 2007-2008.*

⁵²⁰ V. J. MOREAU-REBEIL, Le droit de société interhumaine et le « *jus gentium* » : essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius : *Recueil, Cours La Haye, vol. 77, 1950.*

éclipsée progressivement de la littérature juridique par l'expression de Bentham qui se diffuse. Les deux expressions « *sont (désormais) considérée(s) unanimement comme des termes synonymes et interchangeables* »⁵²¹. Pourtant, littéralement, le droit *international*⁵²² renvoie à l'idée de droit *entre les nations* ; le droit des *gens* évoque la perspective plus vaste d'un droit *commun* aux gens⁵²³. Qu'importe, puisqu'on les veut synonymes et interchangeables...

265. Le droit international est saisi d'une dichotomie qui se veut, dans sa sémantique, parfaitement étanche : le droit international *public* et le droit international *privé* se distinguent par leur objet. Le premier règle les rapports entre *États*, le second entre les personnes *privées*. La doctrine s'interroge sur la réalité de la nature *internationale* du droit international privé. Un auteur exprime sa perplexité. « *La question est en réalité de savoir si (celui-ci) est une simple émanation du droit interne ou s'il constitue, en tant que droit international, une véritable branche autonome* »⁵²⁴. La réponse révèle la sensibilité du sujet : « *On peut répondre diplomatiquement que le droit international privé est interne par ses sources – quoique cela soit de moins en moins vrai – et international par son objet, ce qui est incontestable mais ne règle pas réellement la difficulté* »⁵²⁵. Le droit international *public* ne fait l'objet d'aucune contestation. Il est même, pour certains, le « droit international »⁵²⁶.

266. Le droit transnational. Une troisième notion permet d'appréhender plus justement le « *bric-à-brac* »⁵²⁷ que constitue le droit international : le droit transnational. Pensée par Philip

⁵²¹ NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J., Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 44, n°3.*

⁵²² Cf *supra* n°22 s. sur les distinctions entre « international », « transnational » et « mondial ».

⁵²³ NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J., Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 44, n°3.*

⁵²⁴ T. VIGNAL, Droit international privé : *Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 5, n° 9.*

⁵²⁵ T. VIGNAL, Droit international privé : *Sirey, 2011, 2^{ème} éd., p. 5, n° 9.*

⁵²⁶ Majestueux, il rejette son qualificatif ; on le reconnaît assez facilement sans lui (NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J., Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 46, n°3).*

⁵²⁷ Pour reprendre l'expression du Professeur Combacau (J. COMBACAU, Le droit international : bric-à-brac ou système ? *in* Le système juridique : *Arch. phil. Droit 31, Sirey, 1986 p. 85-105).*

Jessup⁵²⁸, cette expression désigne « *les relations internationales qui mettent en présence deux êtres dont l'un au moins n'est pas un État* »⁵²⁹. Le droit international public et le droit international privé existent dans le droit transnational. Mais celui-ci va au-delà : « *il s'étendrait et couvrirait également le droit interne à portée internationale et les relations juridiques directement nouées par les personnes privées entre elles* »⁵³⁰. Le caractère transnational d'un rapport juridique se forme en présence d'un élément d'extranéité⁵³¹. Le droit transnational est un droit *hybride* ; c'est un droit de mouvement ; un droit de l'action juridique qui franchit les frontières.

267. La loi sociale transnationale. Apparue sous la plume du Professeur Teyssié⁵³², la loi sociale transnationale se nourrit « *au premier chef, des conventions adoptées dans le cadre de l'O.I.T.* »⁵³³. Dans un sens large, la loi sociale transnationale s'entend d'un *corpus* de normes sociales supranationales susceptibles de régir des situations transnationales. Elle s'oppose au droit international « classique » du travail. Celui-ci, branche du droit international privé, vise

⁵²⁸ Morceaux choisis : « *The subject to which these chapters are addressed is the law applicable to the complex interrelated world community which may be described as beginning with the individual and reaching on up the so-called « family of nations » or « society of states ». Human society in its development since the end of the feudal period has placed special emphasis on the national state, and we have not yet reached the stage of a world state. These facts must be taken into account, but the state, in whatever form, is not the only group with which we are concerned. The problems to be examined in large part those which are usually called international, and the law to be examined consists of the rules applicable to these problems. But the term « international » is misleading since it suggests that one is concerned only with the relations of one nation (or state) to other nations (or states) » ; « *Transnational situations, then, may involve individuals, corporations, states, organizations of states, or other groups. A private American citizen, or a stateless person for that matter, whose passport or other travel document is challenged at a European frontier confronts a transnational situation* » (P. JESSUP, *Transnational Law : Yale UP, 1956, VIII-115 p.*).*

⁵²⁹ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public : Montchrestien, Lextenso éd., 2010, 9^{ème} éd., p. 4.*

⁵³⁰ NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public : L.G.D.J, Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 46, n°4 bis.*

⁵³¹ « *On appelle « extranéité » cette qualité qui affecte une question de droit, et dont il s'agit de savoir si elle conduit à l'intervention, à la place du droit interne, de l'État ou combiné avec lui, d'un ordre juridique étranger au sien, de quelque origine qu'il puisse être et quelque forme que prenne cette intervention* » (J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public : Montchrestien, Lextenso éd., 2010, 9^{ème} éd., p. 5.*

⁵³² B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz 2008, p. 826.*

⁵³³ B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz 2008, p. 826.*

à régler des situations génératrices de conflits de loi⁵³⁴ ; la détermination de la loi applicable au contrat de travail est régie par le Règlement « Rome I »⁵³⁵ ; le règlement 44/2201⁵³⁶ et la Convention de Lugano⁵³⁷ « s'attachent à déterminer le juge compétent pour connaître des contentieux liés de l'exécution d'un contrat de travail »⁵³⁸ ; les règlements 883/2004⁵³⁹ et 987/2009⁵⁴⁰ assurent la coordination des régimes de sécurité sociale au sein de l'E.E.E. ; des conventions bilatérales conclues entre la France et des pays extérieurs à cet espace régissent le statut des salariés détachés ou expatriés⁵⁴¹. « *Ce droit international du travail (branche du droit international privé) n'est pas la loi sociale transnationale dont il est ici question* »⁵⁴². À la première conception, qui considère la loi sociale internationale comme un *corpus* autonome, peut s'en ajouter une seconde, complémentaire.

⁵³⁴ Cf. *supra* n°182 s. ; V. R. DUPIRÉ, *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale* : *JCP S* 2013, 1236.

⁵³⁵ L'article 8 de ce règlement énonce ainsi : « *Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.*

2. *À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.*

3. *Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur.*

4. *S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique* » (Règlement 593/2008, 17 juin 2008, art 8).

⁵³⁶ Règlement (CE) 44/2001, 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : *J.O.U.E., L. n°12, 16 janv. 2001, p. 1.*

⁵³⁷ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 30 oct. 2007.

⁵³⁸ R. DUPIRÉ, *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale* : *JCP S* 2013, 1236.

⁵³⁹ Règlement (CE) 883/2004, 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : *J.O.U.E., L. n°166, 30 avril 2004, p. 1.*

⁵⁴⁰ Règlement (CE) 987/2009, 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : *J.O.U.E. L. n° 284, 30 octobre 2009, p. 1*

⁵⁴¹ V. P. MORVAN, *Droit de la protection sociale* : *Lexis Nexis*, 2011, 5^{ème} éd., p. 402, n°496.

⁵⁴² R. DUPIRÉ, *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale* : *JCP S* 2013, 1236.

268. Une loi. Au-delà de l'idée, le choix des mots fixe la pensée. Celui de « loi » intrigue. Le doyen Carbonnier enseigne qu'il faut entendre par loi « *toute règle de droit voulue par l'État sous la sanction de la contrainte* »⁵⁴³. Partant de cette doctrine, la loi sociale transnationale semble échouer à la qualification de loi. Elle n'émane pas de l'État mais d'une organisation internationale. Aucune contrainte ne pèse sur son application. La particularité de la loi sociale transnationale réside dans sa *finalité*. L'énoncé du doyen Carbonnier vise la loi étatique ; la norme régissant la société. À cette fin, la loi étatique doit nécessairement posséder la légitimité (la volonté de l'État) et la force (la sanction de la contrainte). La loi sociale transnationale tend à s'appliquer à un *acte juridique* : le *contrat transnational*. Elle se concrétise par cet acte. Par essence, celui-ci n'émane pas directement de la volonté de l'État mais de celle de ses créateurs. La contrainte s'appréhende en dehors des juridictions étatiques ; l'acte transnational n'en relève pas, il ne doit pas s'incliner face à elles⁵⁴⁴.

269. La loi sociale transnationale apparaît comme un *rapport*⁵⁴⁵. L'acte juridique transnational est régi par une série de *rapports* entre lui et cette loi. Celle-ci, *in globo*, est la loi du contrat transnational⁵⁴⁶.

270. Une loi sociale. La norme est *sociale*. La loi transnationale se définit comme sociale par l'objet de ses *rapports* avec l'acte transnational. Son objet peut porter sur l'affirmation de droits *sociaux fondamentaux* mais aussi sur l'édification d'une *instance de représentation du personnel*. Ces droits concernent *l'espace de la relation de travail*. L'empire des possibilités est aussi vaste que l'espace de la relation de travail, l'entreprise, le permet.

⁵⁴³ J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 13, n°5.

⁵⁴⁴ La contrainte systématique s'introduit autrement dans la loi sociale transnationale : par l'arbitrage Cf. *infra*. n°316 s.

⁵⁴⁵ Elle rejoint alors un de ses sens secondaires (Dictionnaire de l'Académie Française « loi », 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie.htm>).

⁵⁴⁶ C'est d'ailleurs dans la perspective première d'une loi applicable à un contrat transnational qu'émerge l'idée de loi sociale transnationale. « La loi sociale transnationale » détache le contrat éponyme de tous liens avec des normes en vigueur dans un État déterminé (B. TEYSSIE, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz* 2008, p. 826).

271. *La loi sociale transnationale.* En ajoutant le terme « transnational », *une* loi sociale se métamorphose en *la* loi sociale transnationale. Il n'en est qu'une : celle qui se nourrit des conventions de l'OIT. Le droit transnational est le droit en mouvement ; celui qui franchit les frontières. Aux situations relevant de sa compétence, la sociale transnationale unique s'applique. Qu'elle soit entendue dans un sens large ou sous le prisme du contrat, cette loi possède en elle-même la capacité de servir de régime à l'instance *mondiale* de représentation du personnel. Celle-ci relève du droit transnational ; le droit international privé est trop rigide pour gouverner son ordonnancement.

272. La loi sociale transnationale porte une légitimité particulière (**Section 1**) que son contenu fortifie (**Section 2**). Le respect des obligations qui en découlent conduit à imaginer une sanction particulière (**Section 3**).

Section 1 : La légitimité de la loi sociale transnationale

273. La légitimité de la loi sociale transnationale se singularise par sa fonction de réponse à la globalisation (**Sous-section 1**) et par sa primauté normative (**Sous-section 2**). Ces éléments tendent à la consécration d'un législateur transnational asseyant fermement sa légitimité (**Sous-section 3**).

Sous-section 1 : Une réponse à la globalisation

La légitimité de la loi sociale transnationale s'ancre dans le contexte économique mondialisé. Les réponses nationales à ce phénomène semblent désuètes (**§1**). Seule une réponse transnationale paraît pertinente (**§2**).

§1 : La désuétude d'une réponse nationale

274. **L'économie nationale désemparée**⁵⁴⁷. Les États semblent désemparés face aux crises et soubresauts de l'économie mondialisée. Leur premier réflexe : le repli et l'édification de murailles protectionnistes afin de bloquer l'accès des marchandises étrangères au territoire national. Le droit sert l'économie et lui offre les outils nécessaires à son dessein. Mais le remède n'est que temporaire et risque de se révéler pire que le mal. Le second réflexe consiste à produire soi-même ce qui nuit au marché national. Les produits étrangers doivent être remplacés par des produits nationaux. À nouveau, cette stratégie se révèle infructueuse ; les marges dégagées par les concurrents demeurent plus élevées que celles des entreprises nationales. En désespoir de cause, les mouvements financiers et sociétaires apparaissent comme la dernière bouée de sauvetage. Le droit est une nouvelle fois au service de l'économie. Les entreprises transnationales se « déstructurent » et filialisent toutes leurs activités. De cette manière, la perte de rentabilité d'une activité conduit mécaniquement à la vente de la structure exploitante par la *holding*. D'autres phénomènes désespèrent et font enrager le national.

⁵⁴⁷ R. REICH, *L'économie mondialisée* : Dunod, 1993.

275. Dumping social ; volet détachement. Le *dumping*⁵⁴⁸ *social*⁵⁴⁹ attise les colères, Le vif dialogue qu'il engendre mérite de s'y attarder. Une fois n'est pas coutume, la parole est aux pays émergents : « *Les nations en développement sont accusées de façon absurde – par tous les protectionnistes, nouveaux et anciens – de tirer parti de l'avantage douteux que leur confère leur pauvreté. Recourant à des images déformantes comme le "dumping social", ils souhaitent faire pencher le système commercial multilatéral encore davantage, jusqu'au point où les intérêts des pays en développement seront projetés par-dessus bord* »⁵⁵⁰. Ces pays s'appuient sur les règles du droit commercial et le principe de libre échange défendu par l'OMC. Les pays « développés » combattent ce phénomène. Le droit les sert une nouvelle fois dans leur résolution⁵⁵¹. Il s'agit de soumettre, par exemple dans le cadre d'un détachement,

⁵⁴⁸ Il y a *dumping* lorsqu'une marchandise est exportée à un prix inférieur à sa valeur normale, ce qui signifie en général qu'elle est exportée à un prix moins élevé que celui auquel elle est vendue sur le marché intérieur ou sur les marchés de pays tiers, ou au coût de production (O.M.C., Glossaire, « dumping » : http://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/dumping_f.htm).

⁵⁴⁹ Pour une définition du dumping social, Joël Cavallini nous éclaire : « *Le détachement de salariés sur son sol constitue un risque pour l'État d'accueil puisqu'il permet à un prestataire non établi de concurrencer ses propres opérateurs. La détermination du droit du travail applicable est dès lors essentielle puisqu'elle contribue à rendre la prestation intracommunautaire plus ou moins onéreuse et donc attractive par rapport à l'offre nationale. Or, le risque de dumping social est souvent invoqué lorsque le prestataire est originaire d'un État dont la réglementation sociale est moins exigeante que celle de l'État d'accueil. Si ce prestataire restait soumis à son droit du travail d'origine, il bénéficierait d'un avantage concurrentiel au détriment des opérateurs nationaux, menaçant ainsi le modèle social de l'État d'accueil* » (J. CAVALLINI, Le détachement de salariés au sein de l'Union Européenne ou la prééminence du juge : *JCP S 2007, 1741*).

⁵⁵⁰ Organisation Mondiale du Commerce, Conférence Ministérielle, 3^{ème} session : *Seattle, 1^{er} décembre 1999, Déclaration de M. Luiz Felipe Lampreia, Ministre des Relations Extérieures du Brésil.*

⁵⁵¹ V. par exemple en France la proposition de loi (texte n°1785) adoptée par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrages et des donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale. La première lecture du texte au Sénat a lieu le 6 mai 2014. Parmi les principales dispositions de ce texte : l'extension de l'obligation de vigilance de l'entreprise traitant avec un prestataire de service établi hors de France, à la vérification du dépôt de la déclaration de détachement auprès des services de l'inspection du travail ou encore la responsabilité solidaire du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour le paiement des salaires des employés des sous-traitants, y compris lorsqu'ils n'ont pas de relation directe avec ces sous-traitants. Une possibilité est également conférée au juge d'inscrire sur une « liste noire », au titre de peine complémentaire, les entreprises et les prestataires de services condamnés à au moins 45 000 € d'amende pour des infractions constitutives de travail illégal. Enfin, les associations, les syndicats professionnels et les syndicats de salariés de branche se voient conférés la possibilité de se constituer partie civile en cas de travail illégal de nature à fausser la concurrence.

« les salariés détachés au droit du travail applicable aux travailleurs nationaux, l'État d'accueil unifie les conditions de concurrence entre prestataires internes et communautaires en matière sociale. La lutte contre le dumping social impliquerait donc le rétablissement du traitement national »⁵⁵². L'Union européenne, offre un exemple de cette lutte. D'un côté les pays nouvellement intégrés à l'Union, se caractérisant par le faible coût de leur opérateur, de l'autre les « dinosaures », luttant contre le dumping social. L'arbitrage par la CJUE est délicat ; « une certaine ambiguïté règne quant à la réponse de la Cour »⁵⁵³. Au nom de la protection des travailleurs, la lutte contre le dumping social est un outil contre la globalisation⁵⁵⁴.

276. Dumping social ; volet délocalisation et fermeture de site. Le *dumping social* se matérialise sous d'autres formes. Son volet « délocalisation » et « fermeture de site » exacerbe les rancœurs et nourrit les désillusions sur l'efficacité d'une réponse nationale à la globalisation. Le juge national ne se révèle pas toujours le paladin domestique que l'opinion publique croit voir en lui. Le législateur, parangon du modèle national, agit, parfois, de manière brouillonne. Des exemples canadiens et français nourrissent la réflexion : l'affaire *Wal-Mart* et la loi « Florange ».

277. *Wal-Mart*⁵⁵⁵. Voilà un syndicat accrédité pour représenter les salariés de *Wal-Mart* dans le magasin de Jonquière, arrondissement urbain de la charmante ville de Saguenay au Québec. Cet établissement est le premier magasin *Wal-Mart* à se syndiquer en Amérique du

⁵⁵² J. CAVALLINI, Le détachement de salariés au sein de l'Union Européenne ou la prééminence du juge : *JCP S* 2007, 1741.

⁵⁵³ V. J. CAVALLINI, L'argument économique, cause d'une entrave aux libertés européennes de circulation : les aléas de la lutte contre le dumping social in *La cause en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ : éd. *Panthéon-Assas*, 2013, p. 175 et s.

⁵⁵⁴ « Like any trade remedy, wage parity, likened by Charnovitz to the GATS' "social clause", guards against unfair trade in labour services, in this case, "face-to-face social dumping". However, wage parity, is often driven by the protectionist motive to curb adjustment costs of globalization to the domestic workforce, by minimizing the "key ability of developing countries to tap a competitive advantage in WTO services" trade ». (M. PANZZON, *International Law of Economic Migration—a Ménage à Trois? GATS Mode 4, EPAs and Bilateral Migration Agreements* : *Society of International Economic Law, Working Paper No. 2010/34*).

⁵⁵⁵ *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, 2009 CSC 54, [2009] : 3 R.C.S. 465 ; V. G. TRUDEAU, Du législateur au juge : chronique d'une passation limitée des pouvoirs sur fond de mondialisation économique in *Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 51 s.

Nord. Après plusieurs négociations infructueuses, le syndicat demande, en vertu du Code du travail, que soit fixée une première convention collective. Diligent, le Ministre du travail renvoie le différend à l'arbitrage. Coup de théâtre. Le même jour, *Wal-Mart* annonce aux salariés de Jonquière la fermeture de leur magasin. Ceux-ci intentent de multiples recours à l'encontre de cette décision. Le syndicat entend faire éclater judiciairement la vérité de cette affaire : *Wal-Mart* a fermé ce site parce qu'il était syndicalisé ! Les salariés demandent leur *réintégration* immédiate. Mais, la Cour suprême va s'en tenir à interprétation stricte de l'affaire. S'appuyant sur sa jurisprudence⁵⁵⁶, les juges énoncent « *qu'aucune loi québécoise n'oblige un employeur à poursuivre ses activités et qu'un employeur peut fermer un établissement pour des motifs condamnables sociales* »⁵⁵⁷. Le magasin a valablement fermé. Les salariés ne peuvent y être réintégrés : le congédiement⁵⁵⁸ n'est pas illégal. Le droit québécois ne peut mettre en échec le droit de fermer une filiale, même lorsque des pratiques antisyndicales sont soupçonnées. Traversons l'Atlantique.

278. La loi « Florange »⁵⁵⁹. Promesse électorale du Président de la République Française⁵⁶⁰, la loi a été conçue dans l'intention de décourager les fermetures et délocalisations de site *in bonis*. Le Code du travail oblige désormais l'employeur à rechercher un repreneur en cas de fermeture d'un site⁵⁶¹. Afin de rendre contraignante cette recherche, le dispositif législatif avait prévu une série de sanctions financières en cas de manquement à cette obligation⁵⁶². Il revenait au tribunal de commerce d'apprécier le caractère suffisamment

⁵⁵⁶ *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, [2004] : 1 R.C.S. 43, 2004 CSC 2

⁵⁵⁷ *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, 2009 CSC 54, [2009] : 3 R.C.S. 465, §4.

⁵⁵⁸ Québec oblige...

⁵⁵⁹ L. n° 2014-384, 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle : *J.O.R.F. n°0077, 1^{er} avril 2014*.

⁵⁶⁰ F. Hollande lors d'un discours à Florange le 24 février 2012.

⁵⁶¹ La pertinence d'un nouveau texte de loi pour consacrer cette obligation de recherche est douteuse. La loi de sécurisation (L. n° 2013-504, 14 juin 2013 : *JORF n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958* ; V. B. TEYSSIE, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : vers un nouveau droit du travail ? : *JCP S 2013, 1257*) de l'emploi ne consacrait-elle pas déjà cette obligation ? « *Lorsqu'elle envisage un projet de licenciement collectif ayant pour conséquence la fermeture d'un établissement, l'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-71 recherche un repreneur et en informe le comité d'entreprise dès l'ouverture de la procédure d'information et de consultation prévue à l'article L. 1233-30* » (anc. art. L. 1233-90-1 C. trav.). Moins d'un an après l'adoption d'un texte consacrant la volonté des partenaires sociaux, le législateur l'a abrogé.

⁵⁶² Le texte de loi prévoyait d'insérer dans le Code de commerce un nouvel article L. 615-1 : « *Lorsque le tribunal de commerce a jugé, en application du chapitre II du présent titre que l'entreprise n'a pas respecté les obligations mentionnées au 1° de l'article L. 614-2 ou qu'elle a refusé une offre de reprise sérieuse sans motif*

motivé du refus de l'employeur d'accepter à une offre de reprise ; le juge devait substituer, *a posteriori*, son analyse à celle de l'employeur. Saisi, le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions. Le jugement est sans appel : « *l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime de refus et la compétence confiée au tribunal de commerce pour apprécier cette obligation et sanctionner son non-respect font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment d'aliénation de ses biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre* »⁵⁶³. Nouvelle tentative législative de combattre les effets « pervers » de la mondialisation : nouvel échec.

279. « *Les divers processus d'internationalisation des activités économiques sont toujours appréhendés par le filtre des concepts nationaux, des procédures nationales, voire par les règles de droit international privé qui renvoient à une loi nationale* »⁵⁶⁴. L'entreprise transnationale souhaite échapper aux ordres juridiques nationaux ; ceux-ci ne correspondent à la vision globale de son activité. Seule une réponse *transnationale* est pertinente pour une économie *globalisée*.

§2 : La pertinence d'une réponse transnationale

280. Constats. « *Du point de vue juridique, nous étions habitués à considérer que le droit s'identifiait à l'État, chaque État avait ses codes, ses lois, ses systèmes de justice, ses juges* »⁵⁶⁵. L'économie *internationale* ne s'appréhende plus par la lunette nationale. La mondialisation est une *globalisation* ; les interdépendances engendrées rendent inopérantes

légitime de refus, il peut imposer le versement d'une pénalité, qui peut atteindre vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé dans le cadre du licenciement collectif consécutif à la fermeture de l'établissement, dans la limite de 2% du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise. Le montant de la pénalité tient compte de la situation de l'entreprise et des efforts engagés par l'entreprise pour la recherche d'un repreneur ».

⁵⁶³ Communiqué de presse du Conseil constitutionnel lié à Décision n° 2014-692 DC, 27 mars 2014, loi visant à reconquérir l'économie réelle .

⁵⁶⁴ M.-A. MOREAU, Mondialisation et justice : les enjeux théorique des conflits sociaux transnationaux *in* Justice et mondialisation en droit du travail, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : Dalloz, 2010, p. 3 s.

⁵⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, Le travail à l'heure de la Mondialisation : Bayard, Collège de France, 2013, p. 29.

des tentatives locales « d'endiguement ». Le partage international⁵⁶⁶ du travail est une réalité. Les vertus de la globalisation sont concrètes. L'entreprise transnationale ne s'intéresse pas à *une* économie en particulier ; sa vision économique est totale.

281. Voilà un établissement en Allemagne. Son activité est essentiellement textile. La concurrence asiatique est acharnée en la matière. Le groupe décide la fermeture de cet établissement. L'activité sera délocalisée au Vietnam afin de diminuer les coûts de production. « *Cette décision a nécessairement un effet négatif sur l'économie du pays d'origine* »⁵⁶⁷. Mais cette activité aura, mécaniquement, un effet *positif* sur l'économie du pays d'accueil. Les bienfaits de la mondialisation ne sont, parfois, au-delà de sa violence réelle, qu'une question de point de vue.

282. Asynchronie ; une réponse par le droit transnational. La globalisation entraîne l'asynchronie⁵⁶⁸. Celle-ci illustre la dissociation entre une circulation mondialisée des marchandises et des échanges et une redistribution nationale des richesses. Parallèlement à ces mouvements planétaires, les droits sociaux demeurent *nationaux*. Le législateur national n'arrive plus à construire des règles qui satisfassent à la fois des objectifs sociaux et des objectifs économiques⁵⁶⁹. Autant l'entreprise transnationale que le législateur national ont intérêt à se tourner vers une loi sociale transnationale seule susceptible de réconcilier capitalisme et droits de l'homme⁵⁷⁰. L'instance mondiale de représentation du personnel se

⁵⁶⁶ Pour reprendre une expression de Joël Cavallini (J. CAVALLINI, L'argument économique, cause d'une entrave aux libertés européennes de circulation : les aléas de la lutte contre le dumping social *in* La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : éd. Panthéon-Assas 2013, p. 175 et s.).

⁵⁶⁷ J. CAVALLINI, L'argument économique, cause d'une entrave aux libertés européennes de circulation : les aléas de la lutte contre le dumping social *in* La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 190.

⁵⁶⁸ V. M. DELMAS-MARTY, Le travail à l'heure de la Mondialisation : Bayard, Collège de France, 2013, p. 36 ; V. également M. DELMAS-MARTY, La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique : Conférence, Genève, novembre 2006 ; M.-A. MOREAU, Mondialisation et justice : les enjeux théorique des conflits sociaux transnationaux *in* Justice et mondialisation en droit du travail, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : Dalloz, 2010, p. 3 s.

⁵⁶⁹ M.-A. MOREAU, Mondialisation et justice : les enjeux théorique des conflits sociaux transnationaux *in* Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : Dalloz, 2010, p. 3 s.

⁵⁷⁰ R. DUPIRÉ, Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : JCP S 2013, 1236.

pose comme un vecteur de réconciliation des intérêts *convergents*. En s'appuyant sur la loi sociale transnationale, l'instance permet une réponse pertinente à la globalisation.

283. Cette loi est confortée dans sa légitimité par la justesse de son intégration à la globalisation. Sa primauté normative œuvre également à cette légitimité.

Sous-section 2 : Une primauté normative

284. Suprématie ou primauté : nuance dans la hiérarchie des normes. L'affirmation du primat d'un ordre juridique est un sujet sensible. Il « *relève avant tout d'un a priori d'ordre philosophique qui prend même dans certain cas, un caractère théologique teinté d'intégrisme (...)* »⁵⁷¹. La recherche de la place du droit international dans la pyramide hiérarchique d'Hans Kelsen obsède⁵⁷². Chaque ordre juridique national agence son paradigme selon sa vision. Dans ce conflit, parfois total, et toujours permanent⁵⁷³, la terminologie est révélatrice ; la distinction entre suprématie et primauté est fondamentale. Les dictionnaires se révèlent d'un secours modéré⁵⁷⁴. Ils exposent toutefois une légère nuance : la primauté vient *systématiquement* en premier. Ainsi, la suprématie ne serait pas nécessairement première... Le cadre des rapports de systèmes permet de « codifier » la différence, dans la perspective de démêler le chaos lié aux diverses interprétations de la hiérarchie des normes. « *On peut (...) considérer que la suprématie ne sous-tend pas nécessairement à la hiérarchie alors que la*

⁵⁷¹ J. RIDEAU, Constitution et droit international dans les États membres des Communautés Européennes – Réflexion générale et situation française : *RFDC*, 1990, n°2, p. 266 cité in B. BONNET, Repenser les rapports entre ordres juridiques, préf. F. PICOD : *Lextenso éditions*, 2013, p. 54.

⁵⁷² H. KELSEN, Théorie pure du droit : *Dalloz*, Paris, 1962, p. 424 s.

⁵⁷³ V. le Professeur Cesaro regrettant notamment que le juge puisse s'opposer à la mise en œuvre d'une loi, même contraire à un traité antérieur. « *Un tel principe ne nous paraît pas avoir été respecté dans ces arrêts. Le juge de cassation semble considérer que le législateur s'est lié par sa ratification du traité et qu'une loi postérieure ne saurait abroger la ratification acquise. Cette évolution est préoccupante car elle est de nature à susciter la défiance du pouvoir législatif. Elle peut aussi susciter chez certains juges le sentiment que l'application de la loi est une option laissée à leur libre sentiment de justice* » (J.-F. CESARO, L'articulation de la norme interne et de la norme internationale in L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Économica*, 2011, p. 230, n°386 et s.).

⁵⁷⁴ Le dictionnaire de l'Académie française définit la suprématie comme « *la supériorité, la prééminence, ce qui excelle au dessus de tout* » (Dictionnaire de l'Académie Française, « suprématie », 8^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie.htm>). La primauté est également la « prééminence » mais elle est aussi « le premier rang » (Dictionnaire de l'Académie Française « primauté », 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie.htm>).

primauté induit la hiérarchie, que la suprématie peut être principielle alors que la primauté est plutôt opérationnelle, que la supériorité et la subordination relèvent de la primauté et non de la suprématie et partant que la primauté d'une norme ne remet pas en cause sa suprématie »⁵⁷⁵. Le propos n'est pas innocent ; il doit être assumé.

285. Le cœur de la loi sociale internationale, selon le Professeur Teyssié, n'est composé « *que des textes à vocation universelle ayant valeur de traité : conventions de l'Organisation internationale du travail, Déclaration universelle des droits de l'homme, pactes des Nations unies concernant les droits civils et politiques, d'une part, et les droits économiques et sociaux d'autre part, convention de New-York relative aux droits de l'enfant, convention des Nations unies relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, etc.* »⁵⁷⁶. Seuls les textes liés à l'action de l'O.N.U constituent le cœur de la loi sociale internationale ; eux seuls possèdent cette vocation universelle, cette *primauté normative* esquissée (§1) et reconnue (§2).

§1 : Une primauté esquissée

286. La vocation universelle de l'O.N.U. La vocation universelle de l'organisation transparaît de son premier article. Les buts des Nations unies sont les suivants : « *Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin: prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix* »⁵⁷⁷. L'organisation a également pour objectif de « *réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* »⁵⁷⁸. La primauté de l'O.N.U dans l'ordre international est esquissée ; elle réside en

⁵⁷⁵ B. BONNET, Repenser les rapports entre ordres juridiques, préf. F. PICOD : *Lextenso éd.*, 2013, p. 74.

⁵⁷⁶ B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz 2008*, p. 829.

⁵⁷⁷ Charte des Nations Unies et Statut de la Cour de Justice Internationale, 26 juin 1945, Art. 1§1.

⁵⁷⁸ Charte des Nations Unies et Statut de la Cour de Justice Internationale, 26 juin 1945, Art. 1§3.

filigranes dans sa Charte constitutive signée à San Francisco en 1945. Elle s'appuie sur la constitution « *d'une organisation universelle à vocation générale, expression la plus forte, d'une société internationale œcuménique (...)* »⁵⁷⁹.

287. Une organisation internationale singulière. L'O.N.U s'apparente à une organisation de type « interétatique statique »⁵⁸⁰ : les États membres s'accordent sur l'étendue des prérogatives et le champ des compétences de l'organisme. Celui-ci ne peut aller au-delà. La particularité de l'O.N.U siège dans l'interprétation *extensive*, par ses organes, de son champ d'action⁵⁸¹. Ces derniers s'estiment compétents au-delà du sens strict des textes, en raison de la *vocation universaliste* de leur organisation. Sur ce fondement, la Cour de Justice Internationale reconnaît la personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international à l'O.N.U.⁵⁸². Dans le cercle des organisations internationales, celle-ci est spéciale.

288. L'O.I.T ; une organisation onusienne. Par un paradoxe certain, l'O.I.T. constitue une organisation onusienne mais l'a précède dans le temps⁵⁸³ ; elle intègre la sphère de l'O.N.U. en 1946 après la dissolution de la S.D.N. Sa constitution renvoie elle-même aux

⁵⁷⁹ J. COMBACAU, S. SUR, Droit international public : *Montchrestien, Lextenso éd. 9^{ème} éd., 2010, p. 707.*

⁵⁸⁰ J. COMBACAU, S. SUR, Droit international public : *Montchrestien, Lextenso éd. 9^{ème} éd., 2010, p. 707.*

⁵⁸¹ L'article 2§7 de la Charte des Nations Unies énonce « *qu'aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII* ». Ainsi, la compétence de l'ONU ne devrait être qu'exceptionnelle. Toutefois, « *les États n'ont en général aucun moyen de s'opposer à l'adoption d'une résolution dont ils estiment qu'elles passent outre à l'exception de l'article 2§7 alors que l'organe qui la prend s'estime compétent pour le faire* » (J. COMBACAU, S. SUR, Droit international public : *Montchrestien, Lextenso éd. 9^{ème} éd., 2010, p. 723.*)

⁵⁸² « *L'Organisation (des Nations Unies) était destinée à exercer des fonctions et à jouir des droits – et elle l'a fait – qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international* (nous soulignons). Elle ne pourrait répondre aux intentions de ses fondateurs si elle était dépourvue de la personnalité internationale. On doit admettre que ses Membres en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtu de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions » (Avis Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif : *C.I.J. Recueil 1979, p. 174*) ; V. NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J, Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 659, n°383.*

⁵⁸³ Cf. *supra* n°144.

dispositions de la Charte des Nations Unies pour l'enregistrement de ses conventions⁵⁸⁴ et l'intégration de ses membres⁵⁸⁵. La vocation universelle de l'O.N.U. rejaillit sur l'O.I.T. Celle-ci connaît dans son fondement les esquisses fortement marquées de cette vocation ; la Déclaration de Philadelphie⁵⁸⁶ et la Constitution de l'O.I.T contribuent à tracer une primauté normative. L'O.I.T a « *pour principaux objectifs de promouvoir les droits au travail, d'encourager la création d'emplois décents, de développer la protection sociale et de renforcer le dialogue social dans le domaine du travail* »⁵⁸⁷. Sa vocation universelle se dessine nettement. La primauté normative en découlant doit être reconnue.

§2 : Une primauté reconnue

289. Réception dans les ordres internes. La primauté d'une *norme* dépend de sa recevabilité dans un *ordre*⁵⁸⁸. Sans celui-ci, aucune primauté ne peut être établie. Dans une

⁵⁸⁴ La Constitution de l'O.I.T prévoit que « *toute convention ainsi ratifiée sera communiquée par le Directeur général du Bureau international du Travail au Secrétaire général des Nations Unies, pour enregistrement conformément aux dispositions de l'article 102 de la Charte des Nations Unies, mais ne liera que les Membres qui l'ont ratifiée* » (art. 22, Constitution de l'O.I.T.).

⁵⁸⁵ « *Tout Membre originaire des Nations Unies et tout Etat admis en qualité de Membre des Nations Unies par décision de l'Assemblée générale conformément aux dispositions de la Charte peut devenir Membre de l'Organisation internationale du Travail en communiquant au Directeur général du Bureau international du Travail son acceptation formelle des obligations découlant de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail* » (art. 1§3, Constitution de l'O.I.T.).

⁵⁸⁶ ILO Declaration of Philadelphia, Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation, 10 mai 1944, San Francisco; V. A. SUPLOT, L'esprit de Philadelphie : La justice sociale face au marché total : Paris, Éditions du Seuil, coll. « Débats », 2010.

⁵⁸⁷ Missions et Objectifs de l'O.I.T (<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--fr/index.htm>) ; V. R. DUPIRÉ, Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : JCP S 2013, 1236.

⁵⁸⁸ Le débat entre ordre *moniste* et *dualiste* perd de son intérêt. Même si la Constitution d'un État prévoit une incorporation *immédiate* des traités ratifiés dans l'ordre interne, le juge ou le législateur trouveront toujours des outils pour freiner cette incorporation et *in fine* seule la reconnaissance de leur applicabilité directe par un juge leur confèrera une force normative. L'on n'est plus alors très éloigné de l'ordre *dualiste* proclamant la force des traités une fois transposés et intégrés dans l'ordre interne. V. notamment C. THOMAS, M. OELZ, X. BEAUDONNET, The use of international labour law in domestic courts : Theory, recent jurisprudence, and practical implications in Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 257 : « (...) in reality the lines between dualist and monist systems in national constitutional law and practice are blurred and the various existing systems often show both monist and dualist traits ».

vision verticale du rapport des normes, soit la norme est *supérieure* et prime sur l'inférieure soit elle se *soumet*. La primauté normative de la législation sociale transnationale correspond à une mise au pas des sources nationales ; la pureté de la théorie *kelsienne* prend ici tout son éclat. Elle perd de sa pureté dans l'enchevêtrement des normes⁵⁸⁹ et le renouvellement des sources⁵⁹⁰ ; Ces nouveaux phénomènes assombrissent et complexifient le rapport des normes. Les normes du « cœur » de la loi sociale transnationale s'inscrivent dans ce contexte ; leur réception en droit interne varie au gré de la conception *nationale* de la place de la norme *supranationale*. Le juge est au cœur de ce processus⁵⁹¹.

290. Instruments juridiques. La reconnaissance de la primauté d'une norme dépend de sa *nature*. D'une recommandation à une convention, la réception dans l'ordre interne diffère. Emblèmes de l'O.I.T, les conventions internationales, qui constituent l'épicentre de la loi sociale transnationale, sont pénétrées d'une force obligatoire originale. Une fois la convention adoptée et enregistrée, les États membres doivent la *ratifier*. Juridiquement, la norme n'est pas applicable dès son adoption par ces États⁵⁹². Elle ne s'insère dans ces ordres internes, comme traités internationaux⁵⁹³, qu'une fois ratifiée. Ces ratifications ne peuvent être faites

⁵⁸⁹ V. M. DELMAS-MARTY, La grande complexité juridique du monde *in* Études en l'honneur de Gérard Timsit : *Bruylant*, 2004, p. 96. L'auteur souligne la difficile admission du principe de hiérarchie à l'échelle mondiale : « *En somme, le principe de hiérarchie, qui est une garantie de prévisibilité, est difficilement admis à l'échelle mondiale car il impose une uniformité ; en revanche une hiérarchie assouplie et plus facilement acceptée car elle admet un certain pluralisme, mais elle comporte, avec ce transfert de pouvoir, un risque de subjectivité et d'arbitraire* ».

⁵⁹⁰ V. LASSERRE-KIESOW, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit : *D.* 2006, p. 2276 : « *Mais une question fondamentale demeure : toutes les sources du droit doivent-elles nécessairement prendre place dans la hiérarchie des normes ? Il ne fait aucun doute que le renouvellement des sources du droit défie l'ordre de la pyramide des normes. Il invite aussi à réfléchir sur la classification des sources du droit* ».

⁵⁹¹ C. THOMAS, M. OELZ, X. BEAUDONNET, The use of international labour law in domestic courts : Theory, recent jurisprudence, and practical implications *in* Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : *Bureau international du Travail*, Genève, 2004, p. 251 : « *Within the United Nations, the role of judges as important actors in national systems for the promotion and protection of human rights is increasingly being highlighted* ».

⁵⁹² NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J.*, Lextenso éd., 2009, 8^{ème} éd., p. 191, n°104.

⁵⁹³ C. THOMAS, M. OELZ, X. BEAUDONNET, The use of international labour law in domestic courts : Theory, recent jurisprudence, and practical implications *in* Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : *Bureau international du Travail*, Genève, 2004, p. 253 : « *While international labour Conventions are treaties in the*

avec des réserves⁵⁹⁴ et l'État « ratificateur » doit rendre les dispositions de la convention adoptée effectives⁵⁹⁵. La force normative conférée aux instruments internationaux diffère au gré des droits nationaux⁵⁹⁶. Mais, au-delà des subtilités engendrées par la hiérarchie des normes, la primauté normative de la loi sociale transnationale transparait de l'étude des législations nationales.

291. La France : élève précoce, élève commun. 1934, la Cour de Cassation s'appuie directement sur une convention de l'O.I.T. pour déroger à une loi nationale⁵⁹⁷. 1958, l'article 55 de la nouvelle constitution énonce que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »⁵⁹⁸. 1975, la Cour de Cassation, par l'arrêt *Jacques Vabres*⁵⁹⁹, rappelle l'autorité supérieure des traités sur la loi⁶⁰⁰. 2006, un conseil de prud'hommes déclare contraire un contrat à une convention de

sense of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which are binding upon ratifying Members of the ILO, international labour Recommendations are non-binding instruments addressed to all ILO Member States ».

⁵⁹⁴ Une fois les obligations du traité valablement contracté, l'État est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris (Avis l'Échange des populations turques et grecques : *C.P.J.I. Série B, n°10, p. 20, 21 févr. 1925*).

⁵⁹⁵ « *Tantôt si la convention est « self executing » (directement et par elle-même applicable) aucune modification des normes internes n'est exigée ; tantôt si la convention n'est pas applicable directement, ce qui est le plus fréquent, une révision des normes internationales sera nécessaire* » (G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen : Dalloz, 1993, 8^{ème} éd., p. 135, n°167*).

⁵⁹⁶ Ainsi un auteur énonce avec justesse que « *La jerarquía de los convenios en la escala normativa nacional depende de lo establecido en las respectivas constituciones con respecto a los tratados ratificados* » (G. VON POTOBOSKY, *Eficacia jurídica de los convenios de la O.I.T. en el plano nacional in Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 289*).

⁵⁹⁷ Cass. Req. 27 févr. 1934, *Castanié c. Dame veuve Hurtado*.

⁵⁹⁸ Article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

⁵⁹⁹ Cass. ch. Mixte, 24 mai 1975 : *Bull. civ. V., n°4* : « *Mais attendu que le traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article susvisé de la constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des états membres; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a crée est directement applicable aux ressortissants de ces états et s'impose à leurs juridictions* ».

⁶⁰⁰ V. contr. J.-F. CESARO, *L'articulation de la norme interne et de la norme internationale in L'articulation des normes en droit du travail : Économica, 2011, p. 233, n°392 s.* Le Professeur Cesaro limite la portée du principe de supériorité du traité sur la loi en soulignant « *qu'il ne s'agissait pas d'un engagement international quelconque mais du traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne* ».

l'O.I.T⁶⁰¹. L'histoire semble tendre à la consécration de l'applicabilité des normes de la loi sociale transnationale en France⁶⁰². Mais la seule ratification d'une norme ne signifie pas son invocation automatique par des particuliers. Deux conditions subsistent⁶⁰³ pour permettre cette invocation ; l'une est *subjective* ; elle tend à rechercher la volonté des auteurs de la norme pour déterminer si cette dernière a été conçue dans le but d'être invocable par des particuliers ; l'autre est *objective* ; elle consiste à examiner si la norme possède un effet direct⁶⁰⁴. Seules les normes répondant à ces deux conditions sont susceptibles d'être invoquées par des particuliers⁶⁰⁵. Toutefois, la doctrine⁶⁰⁶ et le juge⁶⁰⁷ semblent considérer que le critère objectif prédomine pour déterminer la faculté d'une convention O.I.T à être invoquée. La précision de l'examen « *doit porter sur chacune des dispositions en cause afin d'apprécier leur degré d'auto-suffisance. Est ainsi susceptible d'être reconnue l'applicabilité directe d'un seul article d'une convention de l'Organisation internationale du travail* »⁶⁰⁸.

292. Au pays du soleil levant. Le Japon offre un terrain d'étude particulier. La nature de son droit, « *entre droit officiel étatique, qui ressemble beaucoup au droit occidental, et droit propre, le droit coutumier vivant qui dérange les observateurs européens* »⁶⁰⁹, forge un ordre juridique particulier. La réticence culturelle du peuple japonais à déclencher l'action

⁶⁰¹ Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avr. 2006 : *JCP S 2006, 1424* ; *Juris-Data n° 2006-299086*. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont déclaré le Contrat Nouvelle Embauche (CNE) comme valide et constitutionnel. Une juridiction de première instance proclame sa contrariété à la convention O.I.T. 158.

⁶⁰² D'autant plus que la France a ratifié pas moins de 124 Conventions de l'O.I.T. : http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102632

⁶⁰³ V. notamment E. JEANSEN, L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail : *Économica*, 2008, p. 26, n°27.

⁶⁰⁴ Cf. *supra*. n°243 s.

⁶⁰⁵ Pour un ex. récent. V. CE, 11 avril 2012, n° 322326, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*.

⁶⁰⁶ Notamment, le Professeur Jeammaud qui déclare « *qu'il convient simplement, en admettant que des carences sont inévitables, souhaitables peut-être, dans la mise en conformité du droit national avec les traités tendant au rapprochement des législations, de ne jamais négliger de faire toute sa place à leur applicabilité directe dans l'ordre interne et de ne reconnaître que rien de très naturel dans la complémentarité des lieux nationaux et internationaux du droit du travail* » (A. JEAMMAUD, Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail : *Dr. soc.* 1986, p. 389 et s.).

⁶⁰⁷ V. Cass. soc. 29 mars 2006, n°04-46.499.

⁶⁰⁸ E. JEANSEN, L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail : *Économica*, 2008, p. 26, n°27.

⁶⁰⁹ K. ICHIRO, Brèves réflexions sur la méthode de comparaison franco-japonaise : *RIDC*, 1995, p. 861-869.

judiciaire⁶¹⁰ concourt à la formation de cette singularité. La réception en droit nippon des traités s'articule en deux temps. La Constitution japonaise énonce que *les « traités conclus par le Japon et le droit international établi devront être scrupuleusement observés »*⁶¹¹. Gouvernement, juge et doctrine s'accordent pour reconnaître aux traités la force d'une loi⁶¹², voire, parfois, au-delà⁶¹³. Malgré ces auspices favorables, le juge nippon « chahute » les normes de l'O.I.T ; tantôt il s'appuie sur ces normes pour justifier ses décisions, tantôt il les ignore⁶¹⁴. La primauté normative des traités est reconnue. Mais, au pays du soleil levant, elle ne s'applique pas mécaniquement.

293. Outre-Atlantique. Le mariage entre l'O.I.T et les Etats-Unis est mouvementé⁶¹⁵. Après la création de l'organisation en 1919, le Sénat refuse la ratification de son traité constitutif ; les Etats-Unis n'entrent pas dans ce concert des nations. Il faut attendre 1934 pour

⁶¹⁰ V. M. YOSHIDA, *The Reluctant Japanese Litigant, a 'New' Assessment : Electronic journal of contemporary Japanese studies*, 13 oct. 2003, p. 4 ; Edouard Dubois démontre toutefois que cette réticence judiciaire commence à s'estomper : « *La société japonaise a commencé à se judiciariser et les Japonais n'hésitent plus à utiliser les tribunaux, soit pour défendre leurs droits et libertés, soit pour s'en servir comme tribune politique* » (E. DUBOIS, *Étude socio-légale de la résolution des conflits au Japon : RIDC 2009*, p. 383-415).

⁶¹¹ Article 98 al. 2, Constitution du Japon. En langue anglaise (traduction officielle anglaise du gouvernement japonais) : « *The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed* ». En langue japonaise : « *日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする* ».

⁶¹² « *In contrast to the US views, Japanese scholars and government agree that this article gives treaties in Japan the force of law* » (K. L. PORT, *The Japanese International Law "Revolution": International Human Rights Law and its Impact in Japan: Stanford Journal of International Law 139, 1991, p. 153*).

⁶¹³ Ainsi le représentant japonais devant le Comité des droits de l'homme énonçant : « *treaties are deemed to have a higher status than domestic law* » (Report of the Human Rights Committee, 14th Session, 324 m.t.g at 2, U.N. Doc. CCPR/C/, SR 324 (1980) cité in K. L. PORT, *The Japanese International Law "Revolution": International Human Rights Law and its Impact in Japan : Stanford Journal of International Law 139, 1991, p. 153*).

⁶¹⁴ V. Judgment of April 25th 1973, Supreme Court Grand Bench : *Keishu*, 27, p. 547. Pour plus de détails concernant les vicissitudes du droit de grève dans le service public au Japon et l'application des normes O.I.T. afférentes, V. Y. ISAWA, *The Domestic Impact of International Human Rights Standards : The Japanese Experience in The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, P. AISTON, J. CRAWFORD (dir.) : *Cambridge University Press, 2000, p. 247 s.*

⁶¹⁵ V. D. L. GREGORY, *The Right to Unionize as a fundamental Human and Civil Right : Mississippi College Law Review, Vol. 9 :135, 1988, p. 135 s.* (Also Published and found in D. L. GREGORY, *Labour Law, International Library of Essays in Law & Legal Theory : Dartmouth, 1993, p. 481*).

assister à leur entrée au sein de l'organisation. La seconde guerre mondiale n'altère pas cette participation mais la guerre froide va bouleverser cet équilibre précaire. Après l'entrée de l'U.R.S.S. dans l'O.I.T. en 1954, l'opinion publique réclame le retrait des Etats-Unis (comment souffrir de cohabiter au sein d'une organisation internationale à vocation universelle avec sa *Némésis* ?). La suspension du paiement de leur contribution est décidée en 1970⁶¹⁶. L'administration Carter décide le retrait en 1977. Les Etats-Unis réintègrent finalement l'organisation en 1980.

294. La hiérarchie américaine des normes, par sa constitution, reconnaît force de loi aux traités ratifiés⁶¹⁷. Les Etats-Unis, conscients qu'une ratification les contraint à transformer leur législation, rechignent à ratifier les conventions de l'O.I.T.⁶¹⁸. L'entreprise s'y conçoit comme un *ordre autonome*, qui sécrète son *propre* droit⁶¹⁹ ; l'application au sein de cet espace de la relation de travail d'un droit *étranger* y est d'autant plus appréhendée. Un consensus se forme alors pour éviter toute ratification réellement contraignante⁶²⁰.

295. Voyage en Amérique du Sud : l'illustration argentine⁶²¹. Système dualiste oblige, la Cour suprême argentine a longtemps refusé de reconnaître l'application *directe* d'une

⁶¹⁶ F. MAUPAIN, L'O.I.T, la justice sociale et la mondialisation : *Recueil, Cours La Haye vol. 1999, p. 326 et s.*

⁶¹⁷ G. VON POTOBOSKY, Eficacia jurídica de los convenios de la O.I.T. en el plano nacional *in* Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : *Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 289*).

⁶¹⁸ « *The US has ratified 14 of 189 ILO Conventions, including two of the ILO's core labor standards: No. 105 on the Abolition of Forced Labor and No. 182 on the Elimination of the Worst Forms of Child Labor. It actively participates in ILO-sponsored meetings and events throughout the year* ». 14 sur 189... le score est très faible. (V. <http://www.ilo.org/washington/ilo-and-the-united-states/the-usa-leading-role-in-the-ilo/lang--en/index.htm>). Des groupes de lobby américain ciblent les changements que nécessiteraient de telles adoptions : « *Five of the ILO core conventions (87, 98, 29, 138 and 100) have been found to directly conflict with U.S. law and practice and would require significant and widespread changes to U.S. state and federal law if they were ratified. U.S. ratification of Conventions 87 and 98 would require particularly extensive revisions of longstanding principles of U.S. labor law to conform to their standards* » (United States Council for International Business, Issue Analysis, US Ratification of ILO Core Labor Standards: April 2007, V. http://www.uscib.org/docs/US_Ratification_of_ILO_Core_Conventions.pdf »)

⁶¹⁹ X. BLANC-JOUVAN, L'entreprise et le droit du travail : l'exemple américain : *Dr. soc. 2005, p. 152*.

⁶²⁰ United States Council for International Business, Issue Analysis, US Ratification of ILO Core Labor Standards: April 2007, V. http://www.uscib.org/docs/US_Ratification_of_ILO_Core_Conventions.pdf

⁶²¹ Ces développements sont largement inspirés d'un article de Geraldo Von Potobosky (G. VON POTOBOSKY, Eficacia jurídica de los convenios de la O.I.T. en el plano nacional *in* Les normes internationales du travail : un

convention de l'O.I.T. « *La única forma de hacer efectiva la "reparación de los accidentes del trabajo en la agricultura" (Convention n°12 de l'O.I.T.) es por medio de una ley que reglamente en forma clara y concreta los derechos y obligaciones de los asalariados agrícolas (les demandeurs de l'application de la convention)* »⁶²². Pendant de nombreuses années, la Cour maintint sa position⁶²³. En 2000, la porte s'entrouvre. La Cour suprême reconnaît la prééminence normative d'une convention sur une loi nationale⁶²⁴. « *Dicho convenios - ratificado por nuestro país -, de acuerdo con lo previsto por el art. 75 inc. 22, primer párrafo de la Constitución Nacional, tiene jerarquía supralegal* »⁶²⁵. La primauté normative de la loi sociale transnationale éclate.

296. La primauté reconnue. À l'échelle mondiale, la primauté normative de la loi sociale transnationale est *reconnue* par les ordres juridiques internes. Ceux-ci accordent *a minima* le rang de loi aux traités internationaux ; ils l'élèvent parfois au rang de norme constitutionnelle. L'application par le juge de ces principes se révèle toutefois houleuse. Elle tend néanmoins à

patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : *Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 289, spéc. 297-298.*

⁶²² Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) : *Alonso, Gregorio c. Haras Los Cardos*, 15/03/1940.

⁶²³ V. notamment pour une confirmation de l'arrêt *Gregorio c. Haras Los Cardos* : Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) : *Aramburu, Victor c. Papelera Argentina S.A.*, 1965.

⁶²⁴ La Constitution argentine reconnaît elle, notamment depuis 1994, cette primauté : « *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859* » (artículo 31 de la Constitución argentina). La Constitution reconnaît elle-même valeur constitutionnelle à certains textes internationaux : « *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. (...)* » (artículo 75, párrafo 22 de la Constitución argentina).

⁶²⁵ Corte Suprema de Argentina : *Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) y otros c. el Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional*, 29 de agosto de 2000, sentencia núm. 19.896.

une consécration progressive de la primauté normative de la loi sociale transnationale. Parfois, le législateur est réticent à ratifier les conventions O.I.T. Qu'importe, la force de la loi sociale transnationale jaillit de ses reconnaissances multiples et puise sa force dans la nature du créateur de ces normes : l'O.I.T, un législateur transnational.

§3 : Un législateur transnational

*« The International Labor Organization,
under the auspices of the United Nations,
offers a model to the world »⁶²⁶*

297. Législateur. Le mécanisme logique de la pensée juridique pourrait s'inverser ; l'existence d'une loi sociale transnationale implique celle d'un législateur social transnational. Le législateur donne des lois à un peuple ; il est l'autorité qui établit la loi ; il est le prescripteur de principes⁶²⁷. Pour certains, le législateur *est* la loi, par personnification⁶²⁸. Sa première tâche est d'offrir un *modèle* à son électorat ; qu'il perfectionne le préexistant ou qu'il construise à partir du néant, le législateur établit une architecture dans son champ d'action. En cela, la loi sociale transnationale se distingue d'un autre droit transnational, *la lex mercatoria*.

298. La loi sociale transnationale⁶²⁹ aux antipodes de la *lex mercatoria*. Droit international privé et droit international public se rejoignent pour reconnaître l'existence de la *lex mercatoria* comme droit transnational⁶³⁰. Pour le Professeur Kahn, la reconnaissance d'un

⁶²⁶ D. L. GREGORY, The Right to Unionize as a fundamental Human and Civil Right : *Mississippi College Law Review*, Vol. 9 :135, 1988, p. 135 s (Also Published and found in D. L. GREGORY, Labour Law, International Library of Essays in Law & Legal Theory : *Dartmouth*, 1993, p. 481).

⁶²⁷ Dictionnaire de l'Académie Française, « législateur », 9^{ème} éd : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

⁶²⁸ G. CORNU, « législateur » in *Vocabulaire juridique* : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 598.

⁶²⁹ L'expression *lex sociala* employée, notamment, par Anne-Lise Francis doit être écartée pour mieux souligner la différence de *nature* existant entre les notions de loi sociale transnationale et de *lex mercatoria* (A.-L. FRANCIS, Les instances internationales de représentation du personnel, préf. B. TEYSSIÉ : éd. *Planète Social*, 2012, p. 93, n°139).

⁶³⁰ V. P. MAYER, V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien, Lextenso éd.*, 10^{ème} éd., 2010, p. 15 n°22 s. ; NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J, Lextenso éd.*, 2009, 8^{ème} éd., p. 46, n°4 bis ; J. COMBACAU, S. SUR, Droit international public : *Montchrestien, Lextenso éd.*, 9^{ème} éd., 2010, p. 9.

ordre juridique autonome nécessite la réunion de deux critères. « *La pratique doit s'insérer dans un milieu suffisamment organisé pour la recevoir et la généraliser, et on doit être en présence d'une certaine défaillance étatique au plan de la régulation des milieux en cause* »⁶³¹. La *lex mercatoria* répond à ces critères ; les relations commerciales ont engendré un ensemble d'*usages* et de *principes*. Ceux-ci, « *largement reconnus et respectés, observés entre commerçants* »⁶³² ont donné lieu à une codification⁶³³. La *lex mercatoria* concrétise le « fantasme » du « contrat sans loi ». Le scepticisme gagne de nombreux auteurs lorsqu'il s'agit de lui reconnaître la valeur de règle de droit. La *lex mercatoria* souffre d'un triple défaut : elle n'est pas issue d'une organisation unique et fédératrice ; elle n'est en réalité composée que d'un ensemble particulièrement hétérogène et non articulé de règles éparses. Enfin, les conditions de sa création la privent de force obligatoire⁶³⁴. Un autre auteur doute de la nature de règle de droit⁶³⁵. La loi sociale transnationale diverge profondément de la *lex mercatoria* sur ces points. *Primo*, la loi sociale transnationale émane d'une organisation unique : l'O.I.T. *Secundo*, la loi sociale transnationale offre un paradigme normatif unique à l'échelle mondiale permettant de couvrir un vaste champ de situations sociales⁶³⁶. *Tertio*, la loi sociale transnationale possède une force contraignante réelle lorsqu'elle est reçue dans l'ordre interne⁶³⁷. La légitimité de l'O.I.T. comme législateur social transnational contribue également à différencier les deux idées.

299. Un législateur légitime : un transfert de souveraineté⁶³⁸. Les négateurs de l'existence de la loi sociale transnationale⁶³⁹ s'appuient sur l'argument de la souveraineté. Les conventions O.I.T sont décrites comme de funestes instruments dérobant une partie de souveraineté à l'État en violation des règles de droit naturel. La réalité est toute autre. La

⁶³¹ P. KAHN, *La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses : (1992) 37 R.D. McGill 413.*

⁶³² R. DUPIRÉ, *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : JCP S 2013, 1236.*

⁶³³ V. les principes UNIDROIT : <http://www.unidroit.org/french>.

⁶³⁴ M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé : L.G.D.J., 2007, p. 74, n°130 et s.*

⁶³⁵ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé : Montchrestien, Lextenso éd., 10^{ème} éd., 2010, p. 15, n°23.*

⁶³⁶ *Cf. infra. n°304.*

⁶³⁷ *Cf. supra. n°289 s.*

⁶³⁸ R. DUPIRÉ, *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : JCP S 2013, 1236.*

⁶³⁹ Par référence et parallélisme aux négateurs du droit international qui le considère comme une morale internationale qui relèverait plus d'une pratique que de normes juridiques (*Cf. infra n°311*).

souveraineté est un mythe⁶⁴⁰ ; un argument dont l'on se drape systématiquement. La logique implacable de la convention révèle la faiblesse de l'opposition⁶⁴¹. Par essence, la convention suppose un accord des parties. Si celui-ci est vicié, la convention ne pourra produire pleinement ses effets. La convention implique également des engagements. Les parties s'engagent *volontairement* dans une convention. Comment contester la légitimité de la loi sociale transnationale sur le terrain de la souveraineté ? Par son intégration à l'O.I.T., l'État s'est engagé. Par la ratification des conventions, il exécute ses engagements. Le transfert de souveraineté s'est effectué *volontairement*⁶⁴². À moins de bafouer les notions de convention, d'engagement et d'exécution, l'argument de la souveraineté *ne peut* prospérer. L'idée que la souveraineté ne peut être que nationale est dépassée⁶⁴³. Le temps de l'inaliénabilité du domaine royal est révolu ; la mondialisation ne s'arrête pas aux frontières.

300. Conclusion de section. La légitimité de la loi sociale transnationale découle d'un triple constat : elle est une réponse adaptée à la mondialisation ; elle s'appuie sur une primauté normative ; elle est engendrée par un législateur transnational. Celui-ci façonne une architecture et un ordonnancement pour sa loi sociale transnationale.

⁶⁴⁰ V. L. BAL, Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'Ordre juridique international : *thèse dactyl. Université Strasbourg, 2012* cité in R. DUPIRÉ, Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : *JCP S 2013, 1236*.

⁶⁴¹ Le Professeur Dehaussy démontre justement que « *la notion de souveraineté ainsi conçue de manière absolue comporte en elle-même sa propre négation. Si, par auto-limitation, chaque Etat est libre de déterminer ses rapports avec les autres Etats, il détermine par là même les obligations des autres Etats à son égard. Mais comme il faut bien admettre que la même souveraineté, puissance de droit suprême, existe chez les autres Etats, il est évident que la souveraineté des uns est contradictoire avec la souveraineté des autres* » (J. DEHAUSSY, J-Cl, Droit international, Fasc. 11 : Sources du droit international – Les traités (Conclusions et conditions de validité formelle).

⁶⁴² La déclaration de l'O.I.T relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi rappelle d'ailleurs « *qu'en adhérant librement (nous soulignons) à l'O.I.T, l'ensemble de ses membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, et se sont engagés à travailler à la réalisation des objectifs d'ensemble de l'Organisation, dans toute la mesure de leurs moyens et de leur spécificité* » (Déclaration de l'O.I.T relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi : Genève, 1998, art 1. a.)

⁶⁴³ L'Union européenne démontre que le cadre *supranational* est une réponse adaptée aux enjeux d'un monde globalisé ; V. F. CHALTIEL, De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale ? : *Petites affiches, 10 juillet 2008 n° 138, p. 73*.

Section 2 : Le contenu de la loi sociale transnationale

301. Législateur, l'O.I.T. produit une norme : la loi sociale transnationale. Son contenu révèle une production normative ordonnée (§1) et « flexible » (§2).

Sous-section 1 : Une production normative ordonnée

302. **L'esprit de la loi.** « *Les règles de l'économie mondiale devraient viser à améliorer les droits, les moyens de subsistance et la sécurité des personnes, des familles et des collectivités du monde entier et à accroître les possibilités qui leur sont offertes* »⁶⁴⁴. Les normes internationales du travail répondent aux besoins et aux difficultés sans cesse plus nombreux que rencontrent les travailleurs et les employeurs dans l'économie mondiale⁶⁴⁵. L'esprit du législateur tend à une *amélioration* et à une *protection* de tous les travailleurs⁶⁴⁶. Son action « *normative est un instrument indispensable pour traduire dans les faits le travail décent* »⁶⁴⁷.

303. L'État a d'abord occupé l'esprit de la production normative. Celui-ci apparaissait initialement comme l'interlocuteur *naturel* d'une organisation internationale. Créée par la volonté des États, l'organisation ne pouvait se détourner de ses créateurs. Ses instruments s'adressent aux États ; ceux-ci doivent les ratifier. Cette mécanique démontrerait que les États sont les interlocuteurs naturels, et que l'on voudrait unique, de l'organisation. Consciente que l'accompagnement de la globalisation passe par une collaboration entre l'O.I.T. et les entreprises transnationales, l'organisation réoriente le cap⁶⁴⁸. Prémices de ce revirement, la

⁶⁴⁴BIT : Une mondialisation juste : créer des opportunités pour tous, rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation : Genève, 2004, p. 161.

⁶⁴⁵ <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/lang--fr/index.htm>

⁶⁴⁶ V. sur l'extension *ratione materiae* de la compétence de l'O.I.T à tous les travailleurs (F. MAUPAIN, L'O.I.T, la justice sociale et la mondialisation : Recueil, Cours La Haye vol. 1999, p. 318 et s).

⁶⁴⁷ BIT : Réduire le déficit de travail décent : un défi mondial, rapport du Directeur général à la Conférence internationale du Travail, 89ème session : Genève, 2001, rapport I (A), p. 64.

⁶⁴⁸ Un auteur écrit à propos de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi qu'elle « *a un potentiel pour dépasser le cadre interétatique, même si elle s'adresse pour l'essentiel aux États membres de l'Organisation (...). Si, par conséquent, les États restent les premiers destinataires, invités à prendre des mesures d'application ; les nouveaux acteurs mondiaux peuvent aisément l'utiliser comme référence en raison même de la généralité de sa formulation* » (J.-M. SERVAIS, Évolution de la représentation collective

Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales⁶⁴⁹ et la politique sociale ainsi que celle relative à la justice sociale pour une mondialisation efficace⁶⁵⁰ abordent déjà ces thèmes. Le mandat de l'O.I.T. comprend des actions tournées vers les entreprises transnationales⁶⁵¹. L'organisation prévoit de nouvelles initiatives en la matière ; octroi de conseils aux entreprises en faisant la demande ; élaborations de réseaux d'entreprises sur des thèmes particuliers ; fourniture d'avis spécialisés et de conseils techniques au niveau de l'entreprise et au niveau sectoriel en matière de gestion des chaînes d'approvisionnement conformément aux principes du travail décent ; selon les besoins, la fourniture d'une aide à la conception et à l'application d'accords-cadres internationaux⁶⁵². Le nouvel arsenal laisse entrevoir une volonté d'*accompagnement*.

des travailleurs : un regard international *in* La représentation collective des travailleurs, dir. M.-A. MOREAU : Dalloz, 2012, p. 70). La déclaration est une métonymie de l'action de l'O.I.T.

⁶⁴⁹ Cette Déclaration, adoptée par le Conseil d'administration du BIT le 16 novembre 1977, à sa 204e session, établit des principes dans le domaines de l'emploi, de la formation, des conditions de travail et de vie et des relations professionnelles, qu'elle recommande aux entreprises multinationales, ainsi qu'aux gouvernements et aux organisations d'employeurs et de travailleurs, d'observer. Le texte de la Déclaration a été modifié en novembre 2000 par le Conseil d'administration (<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/>) Il constitue le premier « message » de l'O.I.T. aux entreprises transnationales.

⁶⁵⁰ Adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa quatre-vingt-dix-septième session, Genève, 10 juin 2008. La Déclaration est l'expression du caractère universel de l'Agenda du travail décent: tous les Membres de l'Organisation doivent mettre en œuvre des politiques fondées sur les objectifs stratégiques – emploi, protection sociale, dialogue social et droits au travail. Parallèlement, elle met l'accent sur une démarche globale et intégrée en reconnaissant que ces objectifs sont «indissociables, interdépendants et se renforcent mutuellement », et elle veille à ce que les normes internationales du travail remplissent bien leur rôle dans la réalisation de l'ensemble de ces objectifs (<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/>). La préface de cette déclaration par le Directeur Général de l'O.I.T énonce que « *la Déclaration invite également à établir de nouveaux partenariats avec des entités non étatiques ainsi que des acteurs économiques tels que les entreprises multinationales ou les syndicats opérant à l'échelon sectoriel mondial, afin de renforcer l'efficacité des programmes et des activités opérationnels de l'OIT* » (Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation efficace, préf. J. SOMAVIA : Genève, 2008, p. 7). Un auteur surenchérit : « *la nouvelle déclaration renforce par conséquent la capacité de l'Organisation à étendre ses activités au-delà des relations purement interétatiques ; elle permet une collaboration plus franche avec les nouveaux acteurs mondiaux* » (J.-M. SERVAIS, Évolution de la représentation collective des travailleurs : un regard international *in* La représentation collective des travailleurs, dir. M.-A. MOREAU : Dalloz, 2012, p. 71).

⁶⁵¹ V. à ce sujet BIT : Stratégie pour un plus ample engagement de l'O.I.T. auprès du secteur privé : Genève, 2013, p. 5.

⁶⁵² BIT : Stratégie pour un plus ample engagement de l'O.I.T. auprès du secteur privé : Genève, 2013, p. 6-7.

304. Les domaines de la loi. Les domaines de la loi sociale transnationale reposent sur les instruments juridiques de l'O.I.T. Celle-ci a adopté 189 conventions, ainsi qu'une convention du travail maritime en 2006. Elle a pris 202 recommandations et a élaboré 5 protocoles⁶⁵³. « *Il est évident qu'à ce stade de notre histoire, ce droit (la loi sociale transnationale) ne peut être comparé à celui en vigueur au sein d'un État occidental. Il est en revanche nettement plus construit que celui de bon nombre de pays dits émergents* »⁶⁵⁴. La loi sociale transnationale aborde de nombreuses matières. L'organisation distingue parmi ses normes un *cœur* incontournable ; ses autres normes viennent en *complément*⁶⁵⁵.

305. Le cœur. Parmi ses 189 conventions, l'O.I.T. en proclame 8⁶⁵⁶ comme « *conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail* »⁶⁵⁷. Sont ainsi consacrées : la convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical⁶⁵⁸ ; la convention sur le droit d'organisation et de négociation collective⁶⁵⁹ ; la convention sur le travail forcé⁶⁶⁰ ; la convention sur l'abolition du travail forcé⁶⁶¹ ; la convention sur l'âge minimum⁶⁶² ; la convention sur les pires formes de travail des enfants⁶⁶³ ; la convention sur l'égalité de rémunération⁶⁶⁴ ; la convention concernant la discrimination⁶⁶⁵. L'O.I.T reconnaît une valeur

⁶⁵³<http://www.ilo.int/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--fr/index.htm>

⁶⁵⁴ R. DUPIRÉ : Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : *JCP S 2013, 1236*.

⁶⁵⁵ L'on retrouve ici la distinction classique des normes primaires et secondaires présentes chez tous les grands théoriciens du droit.

⁶⁵⁶ Au sein de ses normes fondamentales, l'O.I.T. inclut sa déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. Cette déclaration résume les thèmes abordées par les 8 conventions fondamentales, elle ne peut être considérée en elle-même comme une norme au même titre que les conventions (V. BIT : Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail : *Genève, 1998*).

⁶⁵⁷ BIT : Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail : *Genève, 1998*.

⁶⁵⁸ Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée en 1948.

⁶⁵⁹ Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, adoptée en 1949.

⁶⁶⁰ Convention n°29 sur le travail forcé, adoptée en 1930.

⁶⁶¹ Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé, adoptée en 1957.

⁶⁶² Convention n°138 sur l'âge minimum, adoptée en 1973.

⁶⁶³ Convention n°182 sur les pires formes de travail des enfants, adoptée en 1999.

⁶⁶⁴ Convention n°100 sur l'égalité de rémunération, adoptée en 1951.

⁶⁶⁵ Convention n°111 concernant la discrimination, adoptée en 1958. L'on remarquera concernant les conventions formant le « bloc élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession » qu'elles sont intervenues dans les années 1950. À titre d'exemple, la France a attendu 1972 et une loi du 22 décembre

quasi *impérative* à ces normes. « *L'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des dites conventions (...)* »⁶⁶⁶.

306. Parmi ses normes fondamentales, deux apparaissent comme des fondements potentiels du régime d'une instance mondiale de représentation du personnel : les conventions sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (convention n°87) et la convention sur le droit d'organisation et de négociation collective (convention n°98). La première doit être écartée ; elle assure la liberté syndicale et la protection du droit syndical. Si les acteurs salariés de l'instance se trouvent être des syndicats, la convention n°87 leur sera d'une aide mesurée : leur organisation aura déjà été constituée. La convention n°98 pourra asseoir les *actions* de l'instance mondiale de représentation du personnel⁶⁶⁷. Les autres normes fondamentales pourront également guider les actions de l'instance mais ne peuvent déterminer son régime.

307. *Les compléments.* Au-delà des normes fondamentales, le législateur transnational a produit un ensemble de règles couvrant un large éventail de domaines sociaux ; la protection sociale⁶⁶⁸, la durée du travail⁶⁶⁹, l'inspection du travail⁶⁷⁰, les nouvelles formes de travail⁶⁷¹, la

pour poser le principe de l'égalité de rémunération (Loi n°72-1143, 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes : *J.O.R.F.*, 24 décembre 1972, p. 13411).

⁶⁶⁶ Déclaration de l'O.I.T. relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi : *Genève, 1998, art. 2* ; sur cette déclaration V. F. MAUPAIN, La « valeur ajoutée » de la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'O.I.T. *in* Mondialisation, travail et droits fondamentaux, dir. I. DAUGAREILH : *Bruylant 2005, p. 1 s.*

⁶⁶⁷ Notamment à travers son article 4 qui énonce que « *des mesures appropriées aux conditions doivent ; si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'autre, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi* » (Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, n°98, art. 4).

⁶⁶⁸ Avec notamment les conventions relatives aux accidents du travail et maladie professionnelles : conventions n°12, n°17, n°19, n°121, etc.

⁶⁶⁹ Sur la durée du travail : conventions n°1, n°30, n°31, n°46, n°51, n°57, n°61, etc.

⁶⁷⁰ Sur l'inspection du travail : conventions n°81, n°85, n°129, n°178.

⁶⁷¹ Sur le temps partiel : convention n°184 ; sur les agences d'emploi privées : convention n°181.

santé et la sécurité au travail⁶⁷² ou encore sur la politique sociale⁶⁷³. Le législateur transnational tente de *systematiser* la protection des risques liés au travail à travers ces conventions. Un paradigme protecteur se développe. La volonté d'ordonnement est patente. « *Les conventions internationales du travail traitent quasiment de tout le droit du travail et de la sécurité social au niveau universel* »⁶⁷⁴.

308. Dans ces normes « complémentaires » au noyau dur, plusieurs conventions et recommandations émergent comme des éléments permettant la définition du régime de l'instance mondiale de représentation du personnel. La convention n°154⁶⁷⁵ et la recommandation n°163⁶⁷⁶ viennent compléter la convention n°98 relative à la négociation collective⁶⁷⁷. Pour un auteur ces instruments relèvent de la « promotion de la négociation collective »⁶⁷⁸. Articulée avec la convention n°135 concernant les représentants des travailleurs⁶⁷⁹, elle se transforme en un outil parfaitement adapté à une instance mondiale composée d'acteurs salariés élus directement. Par un jeu de renvoi⁶⁸⁰, la convention n°154 relative à la convention collective prévoit la possibilité pour des représentants élus de négocier des accords avec l'employeur. Le régime se dessine. Est-il besoin d'autres instruments juridiques pour façonner une instance de représentation transnationale ? Pour un

⁶⁷² Sur la santé et la sécurité au travail : conventions n°155, n°161, n°164, n°167, n°176, n°184, n°187.

⁶⁷³ Sur la politique sociale : conventions n°182, n°122, n°168, etc.

⁶⁷⁴ J.-M. SERVAIS, M.-A. MOREAU, Quel avenir pour l'O.I.T. ? : *RDT 2012*, p. 530.

⁶⁷⁵ Convention n°154 sur la négociation collective, adoptée en 1981.

⁶⁷⁶ Recommandation n°163 sur la négociation collective, adoptée en 1981.

⁶⁷⁷ Des grandes lignes se dégagent à travers ces textes de la notion de négociation collective au sens de l'O.I.T. « *Les règles que la négociation collective doit respecter pour être viable et efficace sont inspirées par les principes suivants: l'indépendance et l'autonomie des parties à la négociation et le caractère libre et volontaire de ces dernières; le minimum d'ingérence des autorités publiques dans les accords bipartites et la primauté donnée aux employeurs et à leurs organisations ainsi qu'aux organisations syndicales en tant que sujets de la négociation* » (B. GERNIGNON, A ODERO et H. GUIDO, Les principes de l'OIT sur la négociation collective : *RI trav. 2000*, p. 38).

⁶⁷⁸ J.-M. SERVAIS, Évolution de la représentation collective des travailleurs : un regard international in La représentation collective des travailleurs, dir. M.-A. MOREAU : *Dalloz*, 2012, p. 48.

⁶⁷⁹ Convention n°135 concernant les représentants des travailleurs, adoptée en 1971. La convention offre également une protection aux représentants des travailleurs, élément cardinal d'une représentation indépendante.

⁶⁸⁰ L'article 3.1 de la convention n°154 renvoie à l'article 3.b de la convention n°135 pour déterminer les représentants de travailleurs librement élus pouvant négocier des accords.

auteur, les normes précitées « *suffisent à établir le cadre juridique servant de base à la création des instances internationales et à encadrer leurs relations conventionnelles* »⁶⁸¹.

309. Le contenu de la loi sociale transnationale révèle un produit normatif ordonné et adapté aux instances mondiales de représentation du personnel. Cette norme se distingue par sa flexibilité.

Sous-section 2 : Une production normative « flexible »

310. Le reproche de l'imprécision. Volontiers les commentateurs dépeignent les instruments juridiques de la loi sociale transnationale sous les traits d'une norme marquée par l'imprécision de son contenu⁶⁸². Pourfendeurs de la sécurité juridique, les conventions O.I.T. viendraient déstabiliser l'agencement des systèmes nationaux (à défaut de leur subtiliser leur souveraineté). L'imprécision de la norme jetterait le discrédit sur son système créateur. Ce discours relève de la *politique juridique* et non de l'analyse de la règle de droit. L'opposition classique entre des théories du droit renaît ; le positivisme fait face au naturalisme. Un détour par celles-ci éclaire d'une lumière renouvelée la loi sociale transnationale.

311. Pour un positivisme modéré en droit international. Kelsen définit, dès les premières pages de sa *Théorie pure du droit*, la notion de positivisme. « *Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être*

⁶⁸¹ R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale transnationale : *JPC S 2013, 1066*.

⁶⁸² V. Le Professeur Delmas-Marty reconnaissant l'indétermination des droits supranationaux dont l'O.I.T : « *La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique Si l'on suit cette voie de l'harmonisation, il faut accepter une certaine indétermination des droits supranationaux et c'est d'ailleurs cette indétermination que l'on retrouve dans un certain nombre de principes, qu'il s'agisse des principes de l'OIT ou des principes énumérés par d'autres instruments internationaux* ». L'auteur salue toutefois cette imprécision, presque salvatrice : « *Cette indétermination, souvent critiquée au nom de la sécurité juridique, a l'avantage de préserver des spécificités nationales et d'éviter l'uniformisation complète* » (M. DELMAS-MARTY, *La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique : Conférence, Genève, novembre 2006, p. 5*).

politique juridique »⁶⁸³. Morale et droit sont séparés. Celui-ci doit se distinguer des recherches historiques, sociologiques et de l'évaluation critique du droit au regard de la morale⁶⁸⁴. Le mouvement naturaliste s'oppose violemment à cette vision. Selon cette théorie : « *la finalité du droit est la justice. Il n'y a pas de droit sans (elle)* »⁶⁸⁵. Il est impossible d'étudier le droit en dehors de ce paradigme. L'affrontement se transpose à l'échelle internationale. « *Le droit international n'est, selon cette interprétation, qu'un « discours » dédié à un projet politique* »⁶⁸⁶.

312. La pensée positiviste de Hart⁶⁸⁷ et Kelsen⁶⁸⁸ dessine un postulat fondamental : une norme ne peut exister qu'au sein d'un système. Hart poursuit. La question de l'existence du système juridique est distincte de celle de sa validité. La validité « *ne sert qu'à l'endroit de la norme* »⁶⁸⁹ et non à celle du système. Un système juridique existe ou n'existe pas. « *Le seul cadre de référence à travers lequel un système doit être évalué est la légitimité* »⁶⁹⁰. Appliquer ces préceptes à la loi sociale transnationale permet d'écarter les critiques relatives à la qualité de sa norme. *Primo*, l'imprécision des normes de la loi sociale transnationale ne remet pas en cause son existence. Par ailleurs, cette norme ne peut être interprétée à la lumière d'autres sources que le droit. *Secundo*, l'existence de la loi sociale transnationale dépend de sa légitimité. Celle-ci est entièrement assise⁶⁹¹. Le positivisme de la loi sociale transnationale

⁶⁸³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* : Dalloz, Paris, 1962, p. 1.

⁶⁸⁴ Pour le rappel des cinq thèses de Hart synthétisant le positivisme V. X. MAGNON, En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? Étude critique : *RTD Civ.* 2009, p. 269.

⁶⁸⁵ X. MAGNON, En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? Étude critique : *RTD Civ.* 2009, p. 269.

⁶⁸⁶ V. J. D'ASPREMONT, Hart et le positivisme postmoderne en droit international : *RGDIP*, 2009, 3, p. 635. Il convient toutefois de préciser que les opposants au positivisme en droit international proviennent principalement de l'école critique avec à sa tête Martti Koskenniemi (V. par ex. M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law – 20 Years Later* : *EJIL* (2009), Vol. 20 No. 1, 7 – 19).

⁶⁸⁷ H. L. A. HART, *Le concept de droit* : *Publications des Facultés universitaires Saint-Louis*, 2006, 2^{ème} rééd.

⁶⁸⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* : Dalloz, Paris, 1962.

⁶⁸⁹ J. D'ASPREMONT, Hart et le positivisme postmoderne en droit international : *RGDIP*, 2009, 3, p. 635.

⁶⁹⁰ J. D'ASPREMONT, Hart et le positivisme postmoderne en droit international : *RGDIP*, 2009, 3, p. 635. L'auteur montre par un paradoxe certain que si Hart n'avait jamais reconnu la qualité de système juridique au droit international, « *c'est parce qu'il n'a jamais appliqué sa théorie au droit international* ».

⁶⁹¹ Cf. *supra* n°284 s.

demeure toutefois modéré. Les considérations de *justice sociale* président à sa conception⁶⁹². Mais, au stade de l'analyse pure de la norme, elles ne doivent pas interférer avec la science du droit. Celle-ci sonde la nature de la règle de droit.

313. Abstraction et généralisation ; la nature de la règle de droit. Le positivisme conduit à scruter la norme par le prisme unique de la science du droit. Les détracteurs de la loi sociale transnationale pointent son imprécision⁶⁹³. Pourtant les caractères mêmes de la règle de droit tendent à ce phénomène. Motulsky expose ainsi « *que la règle de Droit est (...) nécessairement abstraite et générale. Abstraction et généralisation : voilà, croyons-nous, les facteurs fondamentaux auxquels peuvent se ramener tous les procédés techniques de l'élaboration du Droit ; et si, au cours de cette dernière, la matière brute subit des déformations, il s'agit d'une nécessité technique qui n'a rien de spécifique mais s'insère naturellement dans le mécanisme de la généralisation* »⁶⁹⁴. L'abstraction et la généralisation servent le dessein de l'application répétée de la norme. Trop précise, trop spéciale, et celle-ci ne s'appliquerait jamais. Abstraite et générale, elle intéressera une multiplicité d'apparitions sociales. Le doyen Carbonnier abonde en ce sens : « *une règle c'est une disposition abstraite, c'est-à-dire générale dans l'espace, permanente dans le temps, qui suppose une répétitions de cas, une virtualité d'application à un nombre indéfini d'hypothèses futures* »⁶⁹⁵.

314. L'abstraction et la généralisation des normes de la loi sociale transnationale puisent leur source, au-delà de leur nature de *loi*, dans la multiplicité des situations que celle-ci entend couvrir. À l'inverse d'une norme *nationale*, présumée couvrir un ensemble de situations au sein de son espace, la loi sociale transnationale possède une vocation *universelle*. Son champ d'application est le monde. La disparité des situations sociales et les inégalités de perfectionnement des législations sociales des États membres de l'O.I.T. conduisent, *ipso facto*, à l'élaboration d'une norme d'autant plus abstraite et générale. La loi sociale transnationale est une norme « flexible ».

⁶⁹² Cf. *supra* n°302.

⁶⁹³ Rémi Dupiré relate ainsi que « *certaines juristes relèveront que bien qu'incontestable, la législation sociale internationale n'en reste pas moins incomplète et insuffisamment précise* (nous soulignons) *pour assurer la réglementation des rapports entre travailleurs et employeurs au niveau mondial* » (R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013, 1066*).

⁶⁹⁴ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs du droit subjectif* : Dalloz, 2002 (rééd), p. 15.

⁶⁹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction* : PUF, *Quadrige*, 2004, p. 13, n°5.

315. Conclusion de section. Ordonnée et flexible, la loi sociale transnationale est pétrie de ressources et d'avantages ; l'organisation d'une instance mondiale de représentation du personnel sur ses fondements se dessine. La question de la sanction demeure délicate. Comme pour tous droits supranationaux, elle se heurte immédiatement aux compétences des juridictions nationales.

Section 3 : La sanction dans la loi sociale transnationale

316. La dispersion. « *Les juristes se souviennent-ils que le Droit est un corps de règles, de principes, de concepts qui doit conserver son unité ? Chacun construit sa chapelle au risque qu'il n'y ait plus de cathédrale ; qu'il n'y ait plus de Droit mais seulement des droits* »⁶⁹⁶. Les bâtisseurs de la loi sociale transnationale s'exposent à un danger immense. Leur cathédrale, à la légitimité résolument affirmée, risque la cacophonie. Qu'un juge *national* prêche dans cette paroisse et c'est la cohérence de l'ensemble qui risque de s'effondrer.

317. La sanction. « *La règle... La sanction... Coupe indissociable, cet attelage est caractéristique de la norme sociale. Le propos vaut pour toutes* »⁶⁹⁷. La sanction effraie ; son cortège de synonymes inquiète : condamnation, censure, punition, blâme⁶⁹⁸. La sanction se présente comme « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* »⁶⁹⁹. Mais quelle bouche pour la sanction ? La loi sociale *transnationale* doit-elle contrevenir à sa nature première et retomber, au temps de la sanction, dans le giron d'un juge national ? Doit-elle tenter de se détacher des contentieux locaux ? La réponse est lourde de conséquences. La compétence d'une autorité pour prononcer une sanction implique l'application d'un système juridique déterminé : celui dont le juge est issu. Le regard se tourne naturellement vers l'O.I.T. D'aucuns espèrent son avènement comme *régulateur planétaire*⁷⁰⁰. Mais peut-on être législateur et juge ? Créateur de normes, l'O.I.T. en

⁶⁹⁶ B. TEYSSIÉ, *Épilogue : sur l'entreprise, le salaire et la norme : Dr. soc. 1997, p. 606.*

⁶⁹⁷ B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail : éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 9.*

⁶⁹⁸ Dictionnaire des synonymes : <http://www.crisco.unicaen.fr/des/>

⁶⁹⁹ G. CORNU, « sanction » in *Vocabulaire Juridique : PUF, 2011, 9^{ème} éd., p. 933.*

⁷⁰⁰ V. M-A. MOREAU (dir), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : Dalloz, 2006, p. 96 s ; V. également I. DAUGAREILH, Les modes de règlement para-juridictionnel des différends relatifs aux droits*

contrôlerait son application et apprécierait les manquements de ses membres. Le système paraît trop autocentré pour être accepté. La sanction doit émaner d'une autorité indépendante.

318. Le recours juridictionnel paraît profondément inadapté à la loi sociale transnationale (Sous-section 1). Le recours à l'arbitrage éclate d'une pertinence renouvelée (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'inadaptation du recours juridictionnel

319. Le juge national. Tout litige, tout contentieux le requiert. De lui, l'on attend qu'il lève le doute⁷⁰¹ ; qu'il tranche et éclaire les parties sur leurs prétentions. Le juge est au cœur du système judiciaire. Son rôle consiste à appliquer le droit ; à exécuter la norme du système qui l'a créé. L'instance mondiale de représentation traverse les droits *nationaux* et leurs juridictions. Tout litige qui lui serait relatif est susceptible de mobiliser la compétence d'une multitude d'entre elles. Une concurrence jaillit. Quel juge choisir ? Celui du requérant ? Celui de l'employeur ? Mais quelle est la juridiction de l'employeur ; doit-on attirer le représentant de l'employeur dans une filiale ou la direction du groupe ou du réseau ? L'élection d'un juge national provoque une foule de questions.

320. L'accès au juge⁷⁰². La saisine du juge s'avère parfois compliquée, risquée, voire inutile. « *L'accès aux systèmes judiciaires formels est souvent des plus difficiles là où il est particulièrement nécessaire* »⁷⁰³. En principe réservée aux personnes résidant sur le territoire et dotée de cette capacité juridique, elle est subordonnée à la réalisation des conditions de fonds et des règles de procédure. Celles-ci varient nécessairement au gré des droits nationaux

sociaux dans les organisations internationales *in* Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 235.

⁷⁰¹ V. J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, préf. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas*, 2003.

⁷⁰² I. DAUGAREILH, Les modes de règlement para-juridictionnel des différends relatifs aux droits sociaux dans les organisations internationales *in* Justice et mondialisation en droit du travail, du rôle du juge aux conflits alternatifs, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 235.

⁷⁰³ V. United Nations Report, Protect, Respect and Remedy : a Framework for Business and Human Rights : *A/HRC/8/5*, 7 avril 2008 *GE.08-12862* et notamment : « *Currently, access to formal judicial systems is often most difficult where the need is greatest. And non-judicial mechanisms are seriously underdeveloped - from the company level up through national and international levels* ».

intéressés par l'instance mondiale de représentation du personnel. Le juge peut lui-même se déjuger, particulièrement dans les pays de *Common Law* : « *In common law countries, the court may dismiss the case based on forum non conveniens grounds - essentially, that there is a more appropriate forum for it* »⁷⁰⁴. Une fois parvenu aux portes du tribunal, le requérant en quête de sanction s'expose à l'interprétation du locataire des lieux.

321. L'interprétation du juge. La partie en quête du respect des obligations découlant de l'institution d'une instance mondiale de représentation du personnel s'en remet à l'interprétation d'un juge national. Celui-ci ne peut trancher qu'à l'aune de ses connaissances et des normes dont il est tenu d'assurer le respect. Le contrat transnational, organisant une instance mondiale de représentation du personnel, constitue son seul support tangible d'appréciation. Sa valeur juridique est immédiatement examinée. Si le contrat correspond à une catégorie connue du juge, celui-ci y appliquera le régime afférent. L'importance de la transposition du contrat dans les ordres internes prend ici toute son importance⁷⁰⁵. Si le contrat ne renvoie à aucune catégorie préexistante, il relève alors du droit commun des obligations⁷⁰⁶. Mais le juge, eu égard à la nature particulière du droit du travail, s'imaginant indépendant du droit civil, est tenté de se détourner du régime commun. Ainsi la tendance du juge français à dégrader ces accords au rang d'engagements unilatéraux⁷⁰⁷. Ce faisant, il viole l'esprit du contrat.

322. L'esprit du contrat. « *Soumettre les accords transnationaux d'entreprise ou de groupe à la loi sociale internationale répond à la philosophie qui les animent ; ils ont, par essence, vocation à se déployer par-delà les frontières, ils participent de la construction d'un droit global empruntant à des sources multiples, transcendant les clivages anciens* »⁷⁰⁸. Le retour de ces accords dans le giron du juge national violerait l'esprit de ce contrat. « *Les entreprises (...) veulent éviter les contentieux qui ancrent leurs politiques dans des droits ou*

⁷⁰⁴ United Nations Report, Protect, Respect and Remedy : a Framework for Business and Human Rights : *A/HRC/8/5, 7 april 2008 GE.08-12862.*

⁷⁰⁵ Cf. *supra* n°142.

⁷⁰⁶ Quelque soit l'ordre interne et le juge concerné, ce contrat relèvera toujours du droit civil, et plus particulièrement du droit des obligations de ce pays.

⁷⁰⁷ V. C. NEAU-LEDUC, Les sanctions dans la *soft-law in* La sanction en droit du travail, préf. B. TEYSSIE : éd. *Panthéon-Assas*, 2012, p. 17.

⁷⁰⁸ B. TEYSSIE, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe, *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz*, 2008, p. 821 s.

des ordres juridiques nationaux »⁷⁰⁹. Le recours à l'arbitrage apparaît comme la parade à ces incertitudes. « *Ce mode de résolution des litiges est dès lors parfaitement adapté aux conflits liés à l'application d'un accord de représentation international des parties puisqu'il s'impose aux parties signataires comme aux juridictions étatiques saisies d'un conflit y afférent* »⁷¹⁰.

Sous-section 2 : La pertinence du recours à l'arbitrage

323. Les conditions du recours à l'arbitrage international ⁷¹¹. L'entreprise *transnationale* appelle un arbitrage *international*, par parallélisme des situations. Ce dernier s'applique traditionnellement lorsque les intérêts du commerce international⁷¹² sont mis en jeu. Deux éléments permettent de caractériser la notion de commercialité internationale : l'existence de valeurs patrimoniales, biens matériels ou immatériels, devises, services, et leur circulation internationale symbolisée par « le passage de ces valeurs à travers les frontières ». L'internationalité de l'arbitrage est soumise aux mêmes critères. Elle sera appréciée au regard des effets économiques de l'opération, objet de l'arbitrage, et indépendamment des éléments juridiques d'extranéité du contrat, comme la nationalité des parties ou le lieu de leur établissement. Ces critères ne semblent pas pouvoir faire obstacle au recours à un arbitrage international du travail.

324. Celui-ci est régi par la Convention de New-York du 10 juin 1958⁷¹³ dès lors que l'État concerné n'a pas fait usage, ou a levé, la réserve de commercialité. La Convention ne

⁷⁰⁹ M.-A. MOREAU, *Mondialisation et justice : les enjeux théorique des conflits sociaux transnationaux in Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 5.

⁷¹⁰ R. DUPIRÉ, *Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : JCP S 2013, 1066*.

⁷¹¹ E. LOQUIN, *L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux in Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 222.

⁷¹² V. par ex. la France art. 1492 C. proc. civ.

⁷¹³ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue le 10 juin 1958 à New York. Les objectifs de cet instrument juridique sont les suivants : « *Prenant acte de l'importance grandissante de l'arbitrage international dans le règlement des différends commerciaux internationaux, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention) vise à*

distingue pas selon la nature civile ou commerciale de l'arbitrage⁷¹⁴ : elle admet ainsi un arbitrage de nature sociale. Une difficulté technique subsiste. Afin de contourner l'obstacle de la relativité de la clause d'arbitrage, celle-ci ne doit pas être insérée dans les contrats de travail des salariés de l'entreprise transnationale mais dans l'acte juridique fondant l'instance mondiale de représentation du personnel⁷¹⁵.

325. Les caractéristiques du recours à l'arbitrage international. « *L'arbitrage est l'œuvre d'un juge que les parties se sont données* »⁷¹⁶. Ses caractéristiques renforcent la pertinence du recours à l'arbitrage. Pour garantir son effectivité, l'arbitre doit être *indépendant*. La vérification de cette qualité est essentielle à la qualité et à l'exécution des sentences⁷¹⁷. Les arbitres internationaux sont également tenus à des règles déontologiques⁷¹⁸. Au-delà des qualités humaines, l'arbitrage international est soumis au principe dit de « compétence compétence ». « *En vertu de (celui-ci), l'arbitre peut poursuivre sa mission*

établir des normes législatives communes pour la reconnaissance des conventions d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution par les tribunaux étatiques des sentences étrangères et des sentences non nationales. Par "non nationales", il faudrait entendre les sentences qui, bien que rendues sur le territoire de l'État où leur exécution est demandée, sont considérées comme "étrangères" par la loi de l'État en question parce que la procédure comporte un facteur d'extranéité, comme c'est le cas, par exemple, lorsque les règles de procédure d'un autre État sont appliquées ».

⁷¹⁴ « Prenant acte de l'importance grandissante de l'arbitrage international dans le règlement des différends commerciaux internationaux, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention) vise à établir des normes législatives communes pour la reconnaissance des conventions d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution par les tribunaux étatiques des sentences étrangères et des sentences non nationales. Par "non nationales", il faudrait entendre les sentences qui, bien que rendues sur le territoire de l'État où leur exécution est demandée, sont considérées comme "étrangères" par la loi de l'État en question parce que la procédure comporte un facteur d'extranéité, comme c'est le cas, par exemple, lorsque les règles de procédure d'un autre État sont appliquées » (art. 1. Convention de New York, 10 juin 1958).

⁷¹⁵ Sur la validité d'une clause compromissoire dans un contrat international, V. M.-L. NIBOYET, J-Cl, *Droit international*, Fasc. 552-40 : Contrats Internationaux. – Détermination du droit applicable. – Principes concurrents du principe d'autonomie.

⁷¹⁶ Cass. req. 29 déc. 1862 : S. 1862. I. 81 cité in E. LOQUIN, De la distinction de l'arbitrage et des institutions voisines : *RTD Com.* 2009, p. 536.

⁷¹⁷ A. PLANTEY, L'arbitrage international comme instrument du droit international : *Revue Québécoise de Droit international*, 1993, p. 234-242.

⁷¹⁸ A. PLANTEY, L'arbitrage international comme instrument du droit international : *Revue Québécoise de Droit international*, 1993, p. 234-242.

malgré la contestation de l'existence ou de la validité de la clause compromissoire, et est compétent pour statuer sur sa propre compétence. À l'inverse, le juge étatique est incompétent pour se prononcer sur le litige au fond et la validité de la clause compromissoire (sauf nullité manifeste de la clause), en vertu du principe d'incompétence »⁷¹⁹.

326. Les intérêts du recours à l'arbitrage international. Le recours à l'arbitrage permet de sauvegarder la cohérence et l'efficacité du dispositif⁷²⁰ instituant une instance mondiale de représentation du personnel. Évitant les disparités d'interprétation entre d'éventuels juges étatiques saisis, l'arbitrage permet de désigner une *loi* applicable au litige⁷²¹. Celle-ci serait la loi sociale transnationale ; la définition de la procédure d'arbitrage relève du seul accord des parties⁷²². Loi de l'accord, elle serait également la loi de l'interprétation de la sanction.

327. Conclusion de section. La sanction dans la loi sociale transnationale se détache des juridictions nationales. Celles-ci risquent de ne pas respecter l'esprit de l'accord instituant une instance mondiale de représentation du personnel. L'arbitrage et les garanties qu'il fournit apparaissent comme une voie séduisante⁷²³. Création volontaire, l'instance mondiale de représentation est un terrain propice à l'équilibre des forces que requiert l'arbitrage⁷²⁴.

⁷¹⁹ R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013, 1066*.

⁷²⁰ B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz, 2008, p. 826*.

⁷²¹ En recourant à l'arbitrage, les parties à l'instance mondiale de représentation du personnel contourne la difficulté des lois de police et leur rapport avec la loi sociale transnationale. Sur la question V. R. DUPIRÉ : Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : *JCP S 2013, 1236*.

⁷²² B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz, 2008, p. 826*.

⁷²³ Voie qu'a récemment empruntée l'Espagne. « *Le législateur espagnol (...) place les institutions arbitrales dans l'épicentre de l'activité arbitrale, ce qui favorise une juridiction étatique respectueuse des principes qui la gouvernent, et font de l'Espagne un lieu adapté à l'exercice de l'arbitrage* » (V. J. DE ALFONSO, L'essor des institutions arbitrales, La situation de l'Espagne et les tendances internationales : *Gaz. Pal. 2013, n°362, p. 13*).

⁷²⁴ « *L'arbitrage suppose un équilibre des forces et que partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie* » (H. MOTULSKY, L'arbitrage et les conflits du travail : *Écrits, t. 2, Paris, Dalloz, 1974, p. 113* cité *in* E. LOQUIN, L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux *in* Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz, 2010, p. 222*).

328. Conclusion de chapitre. Légitime par une primauté esquissée et reconnue, la loi sociale transnationale s'appuie sur une production normative ordonnée et « flexible » générée par l'O.I.T. L'arbitrage constitue la voie la plus séduisante à emprunter pour sanctionner les manquements aux obligations des parties édictatrices de l'instance. Régime de celle-ci, la loi sociale transnationale apparaît comme le nouveau *jus gentium* ; le nouveau « droit des gens ». Elle ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'une personne privée ; elle s'attache à défendre un droit des travailleurs. La confusion entre droit international et *jus gentium* doit s'achever. Ce dernier doit désormais s'assimiler à la loi sociale transnationale.

Conclusion du Titre II

329. Le cœur de l'instance mondiale de représentation du personnel balance entre régime européen et régime mondial. Des deux, le dernier paraît le plus approprié car « *le renvoi à la loi sociale transnationale doit être considéré comme inhérent, sauf stipulation contraire, à tout accord transnational d'entreprise ou de groupe : il participe de son essence* »⁷²⁵.

330. Le régime européen est estampillé du sceau du compromis et de l'autonomie de la volonté. Celle-ci se retrouve dans les deux régimes. Elle est toutefois plus prononcée dans le second régime, la loi sociale transnationale, qui laisse toute liberté aux parties d'organiser leur composition de l'instance mondiale. Le régime européen freine l'expansion des comités d'entreprise éponymes vers d'autres continents. La légitimité et la nature de la loi sociale transnationale plaident pour son élection comme régime de l'instance mondiale de représentation du personnel.

⁷²⁵ B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon : *Dalloz*, 2008, p. 826.

Conclusion générale

331. « *Nothing will come of nothing* »⁷²⁶. L'aspiration à l'édification d'instances mondiales de représentation du personnel ne surgit pas du néant ; elle cristallise une volonté, celle d'accompagner la globalisation. L'organisation de ces instances façonne cette intention ; ce dessein débute par le choix de ses acteurs. L'acteur employeur, l'entreprise transnationale, s'incarne en deux visages distincts : le groupe ou le réseau. D'un caractère insaisissable, il est autant nécessaire que polymorphe. L'acteur employeur est le premier *socle* de l'instance. Acteur et périmètre à la fois, sans sa volonté initiale, il n'est aucune instance mondiale de représentation du personnel.

332. Si l'acteur employeur est identifié, des doutes planent sur l'identité des acteurs salariés. La légitimité de la représentation des organisations syndicales internationales est débattue. Le recours à la représentativité nationale introduit *un* doute dans la représentation syndicale ; cette notion empêche l'appel à ce type d'intermédiaire. Le doute s'estompe par l'avènement d'une représentation mondiale assise sur une représentation démocratique directe : la démocratie s'invite dans le cercle de l'entreprise.

333. Le temps du choix des acteurs passé, celui du régime concrétise l'esprit de l'instance mondiale de représentation du personnel. Le régime européen est marqué par le principe de la loi d'autonomie. Les normes européennes relatives à une instance de représentation du personnel voguent entre autonomie et compromis. Le régime européen de représentation du personnel est toujours en quête de cohérence et de légitimité. Avant de tenter d'associer le reste du monde, son perfectionnement est nécessaire.

334. Légitime par une primauté esquissée et reconnue, la loi sociale transnationale émerge comme le régime de référence de l'instance mondiale de représentation du personnel. Répondant à la volonté des parties, qui entendent, par essence, détacher l'instance de représentation du personnel des chaînes nationales, la loi sociale transnationale est une réponse pertinente à la globalisation. Au-delà de cette fonction, elle apparaît dans sa nature première comme le nouveau *jus gentium* : le nouveau « droit des gens ».

⁷²⁶ W. SHAKESPEARE, *King Lear* : Act 1. Scène 1.

335. L'organisation de l'instance mondiale de représentation du personnel établie, parmi l'infinité d'actions envisageables, certaines peuvent être imaginées.

336. Prolégomènes. Quelles que soient les actions envisagées par l'instance mondiale de représentation du personnel, celles-ci nécessiteront une exécution complexe engendrant un coût supplémentaire pour l'entreprise transnational. Cette réalité ne doit pas décourager les partisans du développement de ce type de représentation. L'exécution d'envergure que représente le fonctionnement d'une instance mondiale de représentation du personnel pèse uniquement sur des entreprises transnationales *volontaires*. Pour la plupart, ces entités sont à la tête d'une puissance économique sans égale et le coût, réel, d'une instance ne saurait en aucun cas freiner leur croissance économique.

337. Dichotomie classique. La *summa divisio* classique des instances de représentation du personnel impose d'envisager les actions de celles-ci après leur organisation. Le contour de ses actions pourrait être envisagé entre l'action classique, l'information-consultation, et l'action innovante, la négociation d'accords. Ces actions ne représentent que des pistes, des intuitions ; l'accord fondant l'instance peut en imaginer d'autres, pertinentes et adaptées.

Section 1 : L'action classique : l'information-consultation

338. L'amélioration du dialogue social dans l'entreprise. Les instances mondiales de représentation du personnel « *permettent de rendre toute sa cohérence au dialogue social. Il est en effet très difficile pour les entreprises membres d'un groupe de dimension mondiale de comprendre et d'intégrer la stratégie économique globale d'une direction qui leur est étrangère* »⁷²⁷. En associant les salariés à la compréhension stratégique des décisions au sein de l'entreprise transnationale, l'instance contribue à l'amélioration du dialogue social en son sein. Sa compétence pour les projets transnationaux devient incontestable ; quel autre acteur salarié pour échanger avec l'acteur employeur ?

339. Détachés de toutes les amarres nationales, les membres de l'instance *mondiale* de représentation du personnel n'appréhendent plus les décisions de l'entreprise par le seul prisme national. Ils tendent à « *la réalisation d'un même but : le renforcement et le*

⁷²⁷ R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013, 1066*.

développement d'une entreprise dont l'intérêt doit transcender les préoccupations de chacun »⁷²⁸. Dotés d'une vision holiste et stratégique, les membres de l'instance mondiale accompagnent les décisions prises par les détenteurs du pouvoir de décision. L'information-consultation, au-delà de sa fonction de vecteur d'amélioration du dialogue social dans l'entreprise, soulève des difficultés techniques.

340. L'articulation⁷²⁹ des informations consultations⁷³⁰. Par leur existence, les instances mondiales de représentation du personnel concurrentent, *ipso facto*, les compétences de certaines instances régionales⁷³¹. L'articulation des compétences entre instances nationales et régionales soulève déjà des difficultés⁷³². L'ajout d'une nouvelle instance *transnationale* au sein d'une entreprise tend à l'aggravation de la situation. L'imagination doit prendre le pas sur la critique afin d'inventer un remède. Un système permettant à une entreprise de se soustraire à l'obligation de constituer un CEE, dès lors qu'une instance mondiale serait constituée, doit être pensé. Le mécanisme classique de droit européen de la clause d'*opt-out*⁷³³ jaillit comme un remède possible.

⁷²⁸ B. TEYSSIE, L'entreprise et le droit du travail : *Arch. phil. droit* 41, Sirey, 1997, p. 355-385.

⁷²⁹ Sur l'utilisation du terme articulation V. J.-F. CESARO, L'articulation de la norme et de la norme internationale in L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Économica*, 2011, p. 225, n°375 énonçant : « La notion d'articulation est aussi séduisante que dangereuse. Elle appartient aux présentations métaphoriques des phénomènes juridiques » ; « Appliquée à la question des rapports entre les normes, l'image de l'articulation, conçue comme un point de jonction entre différents organes, est particulièrement séduisante ».

⁷³⁰ L'articulation des informations-consultations interroge sur la stratification des instances de représentation du personnel. Cf. *supra* note sous n°30, V. également, G. BÉLIER, F. PETIT, Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? : *Dr. trav. févr.* 2010, p. 76.

⁷³¹ L'instance mondiale ne concurrence pas nécessairement les instances nationales de représentation du personnel ; entre ces parents, une complémentarité existe. À l'une les consultations et informations locales. À l'autre les décisions transnationales.

⁷³² V. par exemple B. TEYSSIE, La consultation du comité d'entreprise européen ou la tentation de l'infini, in *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle* : *Dalloz* 2012, p. 681 s., qui propose de supprimer la consultation des instances locales de représentation du personnel en cas de consultation du comité d'entreprise européen, signe d'une stratification nuisible à la qualité du dialogue au sein de l'entreprise : « Les additions de compétences décidées au profit du comité d'entreprise européen ne sont admissibles que si sa consultation se substitue à celle d'instances nationales de représentation du personnel ».

341. Soit une disposition introduite dans la directive 2009/38. Celle-ci prévoit qu'une entreprise soumise à l'obligation de constituer un comité d'entreprise européen puisse s'y soustraire à l'unique condition qu'une instance mondiale soit instaurée. Cette instance devrait assurer la représentation des salariés compris dans l'EEE. Seule l'entreprise pourrait demander à bénéficier de cette disposition⁷³⁴.

342. Une parade imaginée à la multiplication des informations-consultations, une action *innovante*, la négociation d'accords, doit être scrutée.

Section 2 : L'action innovation : la négociation d'accords

343. L'instance : créateurs d'accords. Pour certains, l'instance mondiale de représentation du personnel, fondée sur la loi sociale transnationale, a pour finalité la conclusion d'accords transnationaux⁷³⁵. Possédant la légitimité nécessaire, reposant sur un régime reconnu, l'instance mondiale produirait ces accords.

344. Pratique actuelle. La pratique actuelle de la négociation collective transnationale connaît deux grandes familles d'accords : les Accords Cadres Internationaux (ACI)⁷³⁶ et les accords sur la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE). Ceux-ci sont conclus par des organisations syndicales internationales⁷³⁷, dont la légitimité n'est pas pleinement affirmée⁷³⁸.

⁷³³ « Le concept d'opting-out correspond à une dérogation, accordée à un pays ne souhaitant pas se rallier aux autres États membres dans un domaine particulier de la coopération communautaire, afin d'empêcher un blocage général » (http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/opting_out_fr.htm).

⁷³⁴ C'est en cela que le mécanisme de la clause d'*opt out* est adapté ; traditionnellement, en droit européen, il est réservé aux États. Il serait ici réservé aux entreprises.

⁷³⁵ Ces instances seraient « dédiées à la négociation collective transnationale mondiale » (R. DUPIRÉ, Repenser la négociation collective transnationale : *JCP S 2013, 1472*).

⁷³⁶ Pour une histoire des A.C.I. V. M. DESCOLONGES, Une histoire des accords cadres internationaux in M. DESCOLONGES et B. SAINCY, Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte, 2006*.

⁷³⁷ V. I. DAUGAREILH, La négociation collective internationale : *Travail et Emploi n° 104, Octobre-décembre 2005, p. 69 s.*

⁷³⁸ Cf. *infra* n°139.

Leur objet et leur contenu⁷³⁹ sont aussi variables qu'il existe d'accords RSE ou d'ACI. Les accords qui seraient conclus par l'instance mondiale de représentation du personnel ne peuvent s'apparenter à ces catégories. Ces « *expériences menées constituent, certes, une avancée en matière de dialogue social mais ne peuvent être regardées comme constitutives d'une véritable négociation collective transnationale de groupe* »⁷⁴⁰.

345. Pratique future⁷⁴¹. Les accords conclus par l'instance, comme la convention l'instaurant, relèveront de la loi sociale internationale, régime « total » de l'instance. Émanant de celle-ci, leur légitimité sera incontestable : ils découleront d'une instance assise sur un régime triplement légitime (par sa nature de réponse à la globalisation, par sa primauté normative, par la présence d'un législateur transnational). La valeur juridique de ces accords poserait problème si les litiges afférents étaient soumis aux tribunaux nationaux. Le recours à l'arbitrage évite ce débat.

346. Les intérêts de la création. Au-delà du contenu de ces accords conclus par l'instance mondiale de représentation du personnel, et des potentielles améliorations concrètes sur les des conditions de travail, la conclusion d'accords contribue à l'édification d'une identité de groupe ; au renforcement d'une identité sociale ; à la création d'une culture d'entreprise ou de groupe⁷⁴². *In globo*, la conclusion d'accords et la production d'un Droit au sein d'un espace concourent à l'harmonie sociale. Car « *le Droit, personne ne le conteste, a pour objectif la*

⁷³⁹ V. l'abondante littérature sur la RSE et les ACI et notamment N. SEGUIN, Le contenu des accords-cadres internationaux in M. DESCOLONGES et B. SAINCY, Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte*, 2006 ; C. NEAU-LEDUC, Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise : *Dr. soc*, 2008, p. 75 ; I. DAUGAREILH, La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre exemple des accords cadres internationaux, in I. DAUGAREILH (dir.), Mondialisation, travail et droits fondamentaux : *LGDJ*, 2005, p 349 ; I. DAUGAREILH, Les accords-cadres internationaux : une réponse à la mondialisation de l'économie ? in M. DESCOLONGES et B. SAINCY, Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte*, 2006 ; Y. HALLOU, Analyse comparative et critique des 26 accords-cadres internationaux (ACI) conclu par des entreprises transnationales : *ORSE*, 12 nov. 2010 ; E. BÉTHOUX, Le comité d'entreprise européen : un acteur de la responsabilité sociale de l'entreprise ? : *Rev. IRES* 2008, p. 99 ; G. BE5 rE, À qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ? : *Dr. soc.* 2005, p. 991.

⁷⁴⁰ R. DUPIRÉ, Repenser la négociation collective transnationale : *JCP S* 2013, 1472.

⁷⁴¹ R. DUPIRÉ, Repenser la négociation collective transnationale : *JCP S* 2013, 1472.

⁷⁴² B. TEYSSIÉ, L'entreprise et le droit du travail : *Arch. phil. Droit* 41, Sirey, 1997, p. 355-385.

réalisation de l'harmonie sociale, la coordination des activités humaines à l'intérieur d'une organisation donnée »⁷⁴³.

347. En guise de dénouement, l'on empruntera les mots du doyen Carbonnier. « *La nouveauté (prudente) de la tentative sera la plus apparente excuse de l'imperfection du résultat présenté* »⁷⁴⁴.

⁷⁴³ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs du droit subjectif* : Dalloz, 2002 (rééd), p. 9.

⁷⁴⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Préface* : PUF, *Quadrige*, 2004.

Bibliographie

I - OUVRAGES GENERAUX

- B. AUDIT, L. D'AVOUT, Droit international privé : *Economica*, 2010, 6^{ème} éd.
- A. BÉNABENT, Droit civil, Les obligations : *Montchrestien, Lextenso éd.*, 2010, 12^{ème} éd.
- J. CARBONNIER, Droit civil, t. 1 & t. 2: *PUF, Quadrige*, 2004.
- G. H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, Précis de droit du travail : *Dalloz*, 1978.
- N. CATALA, L'entreprise – Traité de droit du travail : *Dalloz*, 1980.
- R. CHAPUS, Droit administratif général, Tome I : *Montchrestien, Domat*, 2001, 15^{ème} éd.
- A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail : *Lexis Nexis*, 2008, 4^{ème} éd.
- G. CORNU, Vocabulaire juridique : *Association H. Capitant, PUF*, 2011, 9^{ème} éd.
- J. COMBACAU, S. SUR, Droit international public : *Montchrestien, Lextenso éd.*, 2010. 9^{ème} éd.
- M. COZIAN, A. VIANDER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés : *Lexis Nexis*, 2012, 25^{ème} éd.
- E. DREYER, Droit pénal général : *Lexis Nexis*, 2012, 2^{ème} éd.
- Dictionnaire de l'Académie Française, t. 2 : *Fayard*, 2000, 9^{ème} éd.
- Dictionnaire Gaffiot : *Hachette*, 1934.
- W. DROSS, Droit des biens : *Montchrestien, Lextenso éd.* 2012.
- W. DROSS, Droit civil, les choses : *L.G.D.J., Lextenso éd.* 2012.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, tome I, L'acte juridique : *Sirey*, 2012, 15^{ème} éd.
- O. DE FROUVILLE, Droit international pénal, Sources, Incriminations, Responsabilité : *Éditions A. Pedone*, 2012.

Y. GUYON, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial et sociétés : *Economica*, 1998, 10^{ème} éd.

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Droit international privé : *Dalloz*, 2007, 9^{ème} éd.

G. et A. LYON-CAEN, Droit social international et européen : *Dalloz*, 1993, 8^{ème} éd.

P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé : *Montchrestien*, 2010, 10^{ème} éd.

M. MENJUCQ, Droit international et européen des sociétés : *Montchrestien, Lextenso éd.* 2008, 2^{ème} éd.

NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, Droit international public : *L.G.D.J, Lextenso éd.* 2009, 8^{ème} éd.

M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé : *L.G.D.J.*, 2007.

A. REY, M. TOMI, T. HORDÉ, C. TANET, Dictionnaire Historique de la langue française : *Dictionnaire Le Robert*, 2010, 4^{ème} éd.

B. TEYSSIÉ, Droit européen du travail : *Lexis Nexis*, 2013, 5^{ème} éd.

B. TEYSSIÉ, Droit du travail, t. 2, Relations collectives du travail : *Lexis Nexis*, 2012, 8^{ème} éd.

B. TEYSSIÉ, Droit du travail, t.1, Relations individuelles du travail : *Litec*, 1992.

J.-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, Tome V, Volume I, Liberté, Structures, Action, Traité de Droit du travail (dir. G. H CAMERLYNCK) : *Dalloz*, 1984, 2^{ème} éd.

T. VIGNAL, Droit international privé : *Sirey*, 2011, 2^{ème} éd.

II – OUVRAGES SPÉCIAUX

ARISTOTE, Les politiques : *GF Flammarion, 1993, 2^{ème} éd.*

L. BAL, Le mythe de la souveraineté en droit international – La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'Ordre juridique international : *thèse dactyl. Université Strasbourg, 2012.*

J. BARTHÉLÉMY, Droit social, technique d'organisation de l'entreprise : *Éditions Liaisons, 2003.*

N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie : *LGDJ, 2004.*

J. BENTHAM, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1781) : *Batoche Books, Kitchener, 2000.*

S. BERSTEIN, P. MILZA, Histoire du XX^{ème} siècle, Tome 1, 1900-1945, la fin du « monde européen » : *Hatier, coll. Initial, 1996.*

E. (DE LA) BOÉTIE, Discours de la Servitude volontaire : <http://www.singulier.eu/>

P. BOURDIEU, La distinction, Critique sociale du jugement : *Les Éditions de Minuit, 1979.*

L. BONNET, Repenser les rapports entre ordres juridiques : *Lextenso éd. 2013.*

D. CHATARD, Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de société : essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIÉ : *Lexis Nexis, éd. Planète Social, 2013.*

E. COBAST, Leçons particulières de culture générale : *PUF, 2002, 6^{ème} éd.*

G. COUTURIER, F. FAVENNEC-HÉRY, A. MAZEAUD, J.-M. OLIVIER, B. TEYSSIÉ, La négociation collective : *éd. Panthéon-Assas, 2004.*

I. DAUGAREILH (dir.), Mondialisation, travail et droits fondamentaux : *Bruylant, 2005.*

L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument du dialogue social, préf. B. TEYSSIÉ : *PUAM, 2005.*

M. DELMAS-MARTY, Le travail à l'heure de la mondialisation : *Bayard, Collège de France, 2013.*

M. DESCOLONGES et B. SAINCY (dir.), Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte, 2006.*

G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : *thèse dactyl, Paris II, 2014.*

C. DUPIN, Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux dans l'Union européenne, Aspects de droit social, préf. B. TEYSSIÉ : *Lexis Nexis, éd. Planète Social, 2013.*

A.-L. FRANCIS, Les instances internationales de représentation du personnel, préf. B. TEYSSIÉ : *Lexis Nexis, éd. Planète Social, 2012.*

H. GABRIÉ, J.-L. JACQUIER, La théorie moderne de l'entreprise, Approche institutionnelle : *Économica, 1994.*

B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, La négociation collective : normes de l'OIT et principes des organes de contrôle : *Bureau international du Travail, Genève, 2000.*

L. GREIG, Le comité d'entreprise européen après la directive de 2009 : *mémoire dactyl, Paris II, 2010.*

E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique : *Dijon, 1912.*

G. GURVITCH, L'idée du droit social : *Sirey 1932, rééd. Scientia Verlag Aalen 1972.*

P. GRIMAL, Dictionnaire de la Mythologie grecque et romaine : *PUF, 2002, 15^{ème} éd.*

H. L. A. HART, Le concept de droit : *Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2006, 2^{ème} rééd.*

J.-C. JAVILLIER, B. GERGIGON (dir.), Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos : *Bureau international du Travail, Genève, 2004.*

E. JEANSEN, L'articulation des sources du droit, essai en droit du travail : *Economica, 2008.*

E. KANT, Essai philosophique sur la paix perpétuelle, préf. C. LEMONNIER : *Fischbacher, Paris, 1880.*

H. KELSEN, Théorie pure du droit : *Dalloz, Paris, 1962.*

- C. KESSEDJIAN, Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États : *éd. Panthéon-Assas, 2013*
- B. KRIEF, Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, préf. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2011.*
- A. LEMETTRE, L'organisation des instances de représentation du personnel : essai sur un cadre évolutif : *thèse dactyl. Paris II, 2012.*
- C. LEVINSON, Le contre-pouvoir multinational, La riposte syndicale : *Seuil, 1973.*
- A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée, préf. B. TEYSSIÉ : *Dalloz, 2005.*
- M. MENJUCQ, B. FAGES (dir.), Actualités et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés : *Dalloz, Actes, 2010.*
- M.-A. MOREAU (dir.), Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs : *Dalloz, 2010.*
- M-A. MOREAU (dir.), Normes sociales, droit du travail et mondialisation : *Dalloz, 2006.*
- H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs : *Dalloz, 2002 (rééd).*
- O. NAY, Histoire des idées politiques : *Armand Colin, 2007.*
- R. REICH, L'économie mondialisée : *Dunod, 1993.*
- G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne : *L.G.D.J., 1951, 2^{ème} éd.*
- P. RODIÈRE, La convention collective de travail en droit international, Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle, Volume 13 : *Litec, 1987.*
- J.-J. ROUSSEAU, Le contrat social : *GF Flammarion, 2012.*
- R. SALEILLES, La théorie possessoire du Code civil allemand : *Rev. Crit. Leg. Juris. 1903.*
- R. SAINSAULIEU, Sociologie de l'entreprise, Organisation, culture et développement : *Éditions Presse Sciences-Po et Dalloz, 1995.*

- J.-C. SAINT-PAUL, Droits de la personnalité, Traités : *Lexis Nexis*, 2013.
- W. SHAKESPEARE, Measure for Measure : <http://shakespeare.mit.edu/>
- W. SHAKESPEARE, Richard II : <http://shakespeare.mit.edu/>
- W. SHAKESPEARE, Macbeth : <http://shakespeare.mit.edu/>
- W. SHAKESPEARE, Julius Caesar : <http://shakespeare.mit.edu/>
- W. SHAKESPEARE, King Lear : <http://shakespeare.mit.edu/>
- B. SPINOZA, Éthique : 1677, <http://www.lituraterre.org/Spinoza-Ethique.pdf>
- A. SOBCZACK, Réseaux de sociétés et codes de conduite : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes, préf. S. SCIARRA, post. C. DEL CONT : *L.G.D.J., Bibliothèque de droit social*, t. 38, 2002.
- A. SUPIOT, L'esprit de Philadelphie : La justice sociale face au marché total : *Paris, Éditions du Seuil, coll. « Débats », 2010.*
- A. SUPIOT, Critique du droit du travail : *PUF, Quadrige*, 2007.
- B. TEYSSIÉ (dir.), La cause en droit du travail : *éd. Panthéon-Assas*, 2013
- B. TEYSSIÉ (dir.), La sanction en droit du travail : *éd. Panthéon-Assas*, 2012
- B. TEYSSIÉ, Droit et pratique du comité d'entreprise européen : *Lexis Nexis*, 2012.
- B. TEYSSIÉ (dir.), Les notions fondamentales du droit du travail : *éd. Panthéon-Assas*, 2009
- B. TEYSSIÉ (dir.), Les normes sociales européennes : *éd. Panthéon-Assas*, 2000.
- B. TEYSSIÉ, Le comité d'entreprise européen : *Economica*, 1997.
- VOLTAIRE, Candide : *GF Flammarion, éd. 2006.*

III – ARTICLES

L. AMIEL-COSME, La théorie institutionnelle du réseau *in* Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires : *Dalloz*, 2003.

B. ANCEL, Droit international privé comparé : *Université Panthéon-Assas*, 2007-2008.

J. D'ASPREMONT, Hart et le positivisme postmoderne en droit international : *RGDIP*, 2009, p. 635.

F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, La culture juridique française en question : *D.* 2014. 72.

J. BARTHÉLÉMY, Représentativité patronale et notion de branche : *Dr. soc.* 2014, p. 207.

G. BÉLIER et F. PETIT, Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? : *Dr. trav. Févr.* 2010, p. 76.

J.-S. BERGÉ, Concurrence normative et autonomie en droit européen : de quoi parle-t-on ? *in* Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : *éd. Panthéon-Assas*, 2013, p. 77.

J.-M. BESNIER, Le droit international chez Kant et Hegel *in* Le droit international : *Arch. phil.* 32. *Sirey*, 1987, p. 86.

G. BESSE, À qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ? : *Dr. soc.* 2005, p. 991.

X. BLANC-JOUVAN, L'entreprise et le droit du travail : l'exemple américain : *Dr. soc.* 2005, p. 152.

B. BOUBLI, Sur la notion de groupe et les droits dans le groupe : libres propos : *JCP S* 2013, 1077.

M. CANTO GARCIA, El efecto directo horizontal en las directivas y el tratado de Maastricht : *Boletín núms. 1730-31-Pág.* 206.

J. CAVALLINI, Le juge d'ailleurs : responsabilité individuelle et droit de l'Union, les infortunes du droit de grève face aux libertés de circulation *in* La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon Assas*, 2013, p. 248.

J. CAVALLINI, L'argument économique, cause d'une entrave aux libertés européennes de circulation : les aléas de la lutte contre le dumping social *in* La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : éd. *Panthéon-Assas* 2013, p. 175 et s.

J. CAVALLINI, Reconnaissance d'un effet direct des directives et preuve des discriminations : *JCP S* 2009, 1569.

J. CAVALLINI, Le détachement de salariés au sein de l'Union Européenne ou la prééminence du juge : *JCP S* 2007, 1741.

J.-F. CESARO, Le coemploi : *RJS* 2013, p. 3 s.

J.-F. CÉSARO, L'articulation de la norme et de la norme internationale *in* L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : *Économica*, 2011, p. 230, n°386 et s.

C. CHAINAIS, Rapport de synthèse. – Le destin d'une pensée visionnaire : *Procédures*, 2012, 14.

F. CHALTIEL, De la souveraineté nationale à la souveraineté supranationale ? : *Petites affiches*, 10 juillet 2008 n° 138, p. 73.

C. CHAUMONT, La Fédération syndicale mondiale et l'Organisation des Nations Unies : *Dr. soc.* 1947, p. 328

C. CHAMPAUD et D. DANET, Compte courant d'associé. Difficulté de trésorerie. Remboursement immédiat (oui) : *RTD Com.* 2010, p. 359.

J. COMBACAU, Le droit international : bric-à-brac ou système ? *in* Le système juridique : *Arch. phil.* 31, Sirey, 1986, p. 85-105.

J.-B. COTTIN, Appréciation de l'importance du projet de réorganisation autorisant le recours à un expert par le CHSCT : *JCP S* 2010, 1142.

G. COUTURIER, Les techniques civilistes et le droit du travail, Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues : *D.* 1975 *chron.* XXIV, p. 151 s.

I. DAUGAREILH, Les modes de règlement para-juridictionnel des différends relatifs aux droits sociaux dans les organisations internationales *in* Justice et mondialisation en droit du travail, du rôle du juge aux conflits alternatifs, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 235.

I. DAUGAREILH, La négociation collective internationale : *Travail et Emploi*, 2005, n°104, p. 69.

I. DAUGAREILH, La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre exemple des accords cadres internationaux, in I. DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux* : LGDJ, 2005, p 349.

I. DAUGAREILH, Les accords-cadres internationaux : une réponse à la mondialisation de l'économie ? in M. DESCOLONGES et B. SAINCY, *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale* : La Découverte, 2006.

L. DAUXERRE, Les incertitudes sur la gravité d'un risque sont insuffisantes à justifier le recours à un expert : *JCP S 2013*, 1448

L. DAUXERRE, Contribution à l'étude de la branche professionnelle : *JCP S 2010*, 1038.

J. DE ALFONSO, L'essor des institutions arbitrales, La situation de l'Espagne et les tendances internationales : *Gaz. Pal.* 2013, n°362, p. 13.

M. DELMAS-MARTY, La grande complexité juridique du monde in *Études en l'honneur de Gérard Timsit* : Bruylant, 2004, p. 96.

M. DESCOLONGES, Une histoire des accords cadres internationaux in M. DESCOLONGES et B. SAINCY, *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale* : La Découverte, 2006.

E. DUBOIS, Étude socio-légale de la résolution des conflits au Japon : *RIDC 2009*, p. 383-415.

C. DUFOUR, l'Autriche, encore une représentation corporatiste ? : *Chronique Internationale de l'IREs n°66 – septembre 2000*, p. 36.

R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale : *JCP S 2013*, 1066.

R. DUPIRÉ, Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale : *JCP S 2013*, 1236.

R. DUPIRÉ, Repenser la négociation collective transnationale : *JCP S 2013*, 1472.

R. DUPIRÉ, Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ? : *JCP S 2014*, 1066.

- P. DURAND, Rapport sur la notion d'entreprise : *Travaux de l'Association Henri Capitant 1947, tome III, p. 45 s.*
- P. DURAND, Le particularisme du droit du travail : *Dr. soc. 1945, p. 298 s.*
- G. ESPÉRET, L'évolution actuelle du syndicalisme international : *Politique étrangère n°4-5, 1965, 30^{ème} année, p. 444.*
- F. FAVENNEC-HÉRY, Revoir un système à bout de souffle : *RDA 2013, p. 103 s.*
- P. (DE) FONTBRESSIN, La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes : *RJ com. 1988, p. 285.*
- E. GARCIA-TREVIJANO GARNICO, Sobre la incorporación del Derecho Comunitario en el Derecho interno: una visión práctica : *Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, N° 1, 1993, págs. 195-226.*
- B. GAURIAUD, La représentation collective in Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *éd. Panthéon-Assas 2009, p. 62.*
- B. GERNIGNON, A ODERO et H. GUIDO, Les principes de l'OIT sur la négociation collective : *RI trav. 2000, p. 38.*
- D. L. GREGORY, The Right to Unionize as a fundamental Human and Civil Right : *Mississippi College Law Review, Vol. 9 :135, 1988, p. 135 s.*
- C. GUELFU, Multinazionali e cooperazione internazionale ; la necessità di una regolamentazione, Hommage à Lelio Basso Angeli : *Milano, p. 954.*
- C. HANNOUN, L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail : *RDT, Mai 2008, p. 288.*
- A. HEGE, La représentativité syndicale, état des lieux, interrogations : *Chronique Internationale de l'IRES n°66 – septembre 2000, p. 5.*
- A. HEGE, La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement : *Chronique Internationale de l'IRES n°66 – septembre 2000, p. 113.*
- K. ICHIRO, Brèves réflexions sur la méthode de comparaison franco-japonaise : *RIDC, 1995, p. 861-869.*

Y. ISAWA, The Domestic Impact of International Human Rights Standards : The Japanese Experience *in* The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring, P. AISTON, J. CRAWFORD (dir.) : *Cambridge University Press*, 2000, p. 247 s.

J.-P. JACQUIER, Les chemins possibles du comité d'entreprise européen : *Dr. soc.* 1996, p. 1081.

J.-C. JAVILLIER, Sur l'Europe, le Droit et le droit social *in* Les normes sociales européennes, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas*, 2000, p. 13, n°10 s.

J.-C. JAVILLIER, Les instances internationales de concertation *in* Les instances fédératives de représentation du personnel, t. 4, B. TEYSSIÉ (dir.) : *Litec*, 1995, p. 159.

A. JEAMMAUD, Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail : *Dr. soc.* 1986, p. 386.

E. JEANSEN, La cause dans le droit de la représentation collective des salariés *in* La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon Assas*, 2013, p. 146.

P. JESSUP, Transnational Law : *Yale UP*, 1956, VIII-115 p.

R. JOHNSON, Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law : *7 Wm. & Mary L. Rev.* 37, 1966.

E. JOUANNET, L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale *in* La mondialisation entre illusion et utopie : *Arch. phil.* 47. *Dalloz*, 2003, p. 191-232.

P. KAHN, La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses : (1992) *37 R.D. McGill* 413.

C. KESSEDJIAN, Introduction *in* Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : *éd. Panthéon-Assas*, 2013, p. 14.

H. KNUDSEN : European Works Councils – Potentials and Obstacles on the Road to Employee Influence in Multinational Companies : *Industrielle Beziehungen*, 11. Jg, Heft 3, 2004, p. 218.

M. KOSKENNIEMI, The Politics of International Law – 20 Years Later : *EJIL* (2009), Vol. 20 No. 1, 7 – 19.

J.-P. LABORDE, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », Mélanges offerts à J. Derrupé : *Joly-Litec*, 1991, p. 49.

LASSERRE-KIESOW, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit : *D.* 2006, p. 2276.

J.-P. LHERNOULD, La nouvelle directive CE, une victoire française... quelle victoire ? : *RJS*, 2009, p. 101 s.

E. LOQUIN, L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux *in* Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 222.

E. LOQUIN, De la distinction de l'arbitrage et des institutions voisines : *RTD com.* 2009, p. 536.

G. ET A. LYON CAEN, « La « doctrine » de l'entreprise », *in* Dix ans de droit de l'entreprise : *Paris, Lib, tech.*, 1978, 599.

A. LYON-CAEN, La négociation collective dans ses dimensions internationales : *Dr. soc.* 1997, p. 352.

G. LYON-CAEN, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? » *in* Mélanges en l'honneur du président M. DESPAX : *Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse*, 2002.

G. LYON-CAEN, Négociation et convention collective au niveau européen (Deuxième partie, la convention collective retrouvée) : *RTD Eur.* 1974, p. 1-30.

G. LYON-CAEN, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : *RTD Civ.* 1974, p. 229.

X. MAGNON, En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? Étude critique : *RTD Civ.* 2009, p. 269.

A. MARTINON, Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational : *Dr. soc.* 2010, p. 789.

F. MAUPAIN, L'O.I.T, la justice sociale et la mondialisation : *Recueil, Cours La Haye vol.* 1999, p. 326 et s.

F. MAUPAIN, La « valeur ajoutée » de la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'OIT *in* I. DAUGAREILH (dir.) Mondialisation, travail et droit fondamentaux : *LGDJ, 2005*.

A. MAZEAUD, Actualité d'une réforme... pour demain : *RDA 2013, p. 98 s.*

M.-A. MOREAU, Mondialisation et justice : les enjeux théorique des conflits sociaux transnationaux *in* Justice et mondialisation en droit du travail, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz, 2010, p. 3 s.*

M.-A. MOREAU, Règlements et directives en matière sociale *in* Les normes sociales européennes, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 40, n°69*.

J. MOREAU-REBEIL, Le droit de société interhumaine et le « jus gentium » : essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius : *Recueil, Cours La Haye, vol. 77, 1950*.

P. MORVAN, Le vocabulaire du droit du travail *in* Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 27*.

H. MOTULSKY, L'arbitrage et les conflits du travail : *Écrits, t. 2, Paris, Dalloz, 1974, p. 113*.

H. MOTULSKY, *Rev. crit. DIP. 1949, p. 501* ; Études et notes de droit international privé, préf. H. Batiffol et Ph. Francescakis : *Dalloz 1978, p. 49*.

C. NEAU-LEDUC, Les sanctions dans la *soft-law* *in* La sanction en droit du travail, préf. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 17*.

C. NEAU-LEDUC, Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise : *Dr. soc, 2008, p. 75*.

J.-M. OLIVIER, Conclusion *in* Les normes sociales européennes, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 119*.

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? : *RIEJ, p. 44*.

M. PANZZON, International Law of Economic Migration—a Ménage à Trois? GATS Mode 4, EPAs and Bilateral Migration Agreements : *Society of International Economic Law, Working Paper No. 2010/34*.

E. PATAUT, Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : dialogue social européen et autonomie de la volonté *in* Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États, dir. C. KESSEDJIAN : éd. *Panthéon-Assas*, 2013, p. 134, n°312.

S. PETERSEN, Les accords relatifs au comité d'entreprise européen après la directive du 6 mai 2009 : *JCP S* 2012, 1189.

F. PETIT, Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? Cour cass. ch. Sociale 19 février et 27 juin 2002 : *Dr. soc.* 2002, p. 1073 s.

A. PLANTEY, L'arbitrage international comme instrument du droit international : *Revue Québécoise de Droit international*, 1993, p. 234-242.

K. L. PORT, The Japanese International Law "Revolution": International Human Rights Law and its Impact in Japan: *Stanford Journal of International Law* 139, 1991, p. 153.

R. (DE) QUENAUDON, La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ? : *D.* 2005, p. 1736.

U. REHFELDT, La représentativité : Dimensions politiques et historiques du débat théorique : *Chronique Internationale de l'IRES* n°66 – septembre 2000, p. 9-13.

J. RIDEAU, Constitution et droit international dans les États membres des Communautés Européennes – Réflexion générale et situation française : *RFDC*, 1990, n°2, p. 266.

F. RIGAUX, Cours général de droit international public : *Recueil, Cours La Haye*, vol. 213. *Chapitre IX, Les groupes transnationaux de sociétés*, p. 335.

J.-P. ROBE, L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir *in* les actes du colloque « L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales », dir. B. ROGER : éd. *Lethielleux* 2012.

B. SAINCY, Mutations et renouvellement des pratiques sociales *in* M. DESCOLONGES et B. SAINCY, Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte*, 2006.

N. SEGUIN, Le contenu des accords-cadres internationaux *in* M. DESCOLONGES et B. SAINCY, Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte*, 2006.

J.-M. SERVAIS, M.-A. MOREAU, Quel avenir pour l'O.I.T. ? : *RDT* 2012, p. 530.

J.-M. SERVAIS, Évolutions dans la représentation collective des travailleurs : un regard international *in* La représentation collective des travailleurs, dir. M.-A. MOREAU : *Dalloz*, 2012, p. 40.

A. SOBCZAK, Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux *in* M. DESCOLONGES et B. SAINCY, Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale : *La Découverte*, 2006.

W. SWAIN, Lord Mansfield and Lord Denning : Some Pitfalls and Possibilities Presented by the Great Judge Approach to Legal History and the Law of Contract : *British Legal History Conference, Oxford, 2007, « Judges and Judging », Draft*.

A. TEISSIER, Le contenu des accords instituant un comité d'entreprise européen : *JCP S* 2011, 1490.

B. TEYSSIÉ, Faut-il réformer les institutions représentatives du personnel ? Libres propos en guise d'introduction : *RDA* 2013, p. 95 s.

B. TEYSSIE, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : vers un nouveau droit du travail ? : *JCP S* 2013, 1257.

B. TEYSSIE, La consultation du comité d'entreprise européen ou la tentation de l'infini *in* *Liber Amicorum* – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle : *Dalloz* 2012, p. 681 s.

B. TEYSSIÉ, 2008-2012, Les syndicats, le législateur et le juge : *JCP S* 2012, 1232.

B. TEYSSIÉ, Le comité d'entreprise européen. - (Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009. – Ord. n°2011-1328, 20 oct. 2011) : *JCP S* 2011, 1489.

B. TEYSSIÉ, La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe, *in* Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques *in* Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon : *Dalloz*, 2008, p. 820.

B. TEYSSIÉ, Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel *in* Mélanges offerts à Jacques Béguin : 2005, p. 743.

B. TEYSSIÉ, La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe : *Dr. soc.* 2005, p. 982.

B. TEYSSIÉ, La représentativité syndicale en droit communautaire *in* De tous horizons, Mélanges Blanc-Jouvan : *Sté de législation comparée*, 2005, p. 379.

- B. TEYSSIÉ, Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe : *Dr. soc.* 2005, p. 643.
- B. TEYSSIÉ, Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes : *Dr. soc.* 2005, p. 117.
- B. TEYSSIÉ, L'accord collectif de niveau communautaire in *Mélanges Decoq* : *Litec*, 2004, p. 567.
- B. TEYSSIÉ, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail : *D.* 2004, p. 1680.
- B. TEYSSIÉ, Épilogue : sur l'entreprise, le salaire et la norme : *Dr. soc.* 1997, p. 606.
- B. TEYSSIÉ, Le droit du travail et l'entreprise : *Arch. phil. droit* 41, 1997, p. 355-385.
- B. TEYSSIÉ, Sur l'entreprise et le droit social, Études offertes à Jacques Barthélémy : *Droit du travail et de la sécurité sociale*, 1994, *Hors série*, *Avant-propos*.
- B. TEYSSIÉ, La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise : *Dr. soc.* 1986, p. 852 s.
- C. THOMAS, M. OELZ, X. BEAUDONNET, The use of international labour law in domestic courts : Theory, recent jurisprudence, and practical implications in *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir*, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : *Bureau international du Travail*, Genève, 2004, p. 257.
- G. TRUDEAU, Du législateur au juge : chronique d'une passation limitée des pouvoirs sur fond de mondialisation économique in *Justice et mondialisation en droit du travail*, dir. M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT, P. RODIÈRE : *Dalloz*, 2010, p. 51 s.
- R. VATINET, La pieuvre et l'Arlésienne : *Dr. soc.* 2010, p. 801.
- P.-Y. VERKINDT, Réformer les instances de représentation du personnel : Pourquoi ? Pour qui ? Pour quoi faire ? : *RDA* 2013, p. 105 s.
- P.-Y. VERKINDT, L'entreprise in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ : *éd. Panthéon-Assas*, 2008, p. 43.
- P.-Y. VERKINDT, Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité : *Dr. soc.* 2007, p. 697 s.

G. VON POTOBSKY, Eficacia jurídica de los convenios de la O.I.T. en el plano nacional in *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, dir. J.-C. JAVILLIER et B. GERNIGON : *Bureau international du Travail, Genève, 2004, p. 289.*

X, Le CE Européen est-il prêt à chanter l'international ? : *Liaisons sociales Europe 2005, n°121, p. 1* ; Renault relifte son comité de groupe : *Liaisons Sociales Europe 2003, n°80, p. 4* ; *Liaisons sociales 2003, Bref, n°13881, p. 1* ; *Liaisons sociales Europe, 2005, n°129, p. 12* ; *Liaisons sociales Europe, 2011, n°287, p. 1* ; *Liaisons sociales Europe, n°15, p. 8* ; *Liaisons sociales Europe, 2005, n°121, p. 1.*

M. YOSHIDA, The Reluctant Japanese Litigant, a 'New' Assessment : *Electronic journal of contemporary Japanese studies, 13 oct. 2003, p. 4.*

IV – ÉTUDES & RAPPORTS

E. BÉTHOUX, Le comité d'entreprise européen : un acteur de la responsabilité sociale de l'entreprise ? : *Rev. IRES 2008, p. 99.*

BIT : Stratégie pour un plus ample engagement de l'O.I.T. auprès du secteur privé : *Genève, 2013, p. 6-7.*

B.I.T : La liberté syndicale : *Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du Bureau International du Travail, 2006, 5^{ème} éd.*

BIT : Une mondialisation juste : créer des opportunités pour tous, rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation : *Genève, 2004, p. 161.*

BIT : Réduire le déficit de travail décent : un défi mondial, rapport du Directeur général à la Conférence internationale du Travail, 89^{ème} session : *Genève, 2001, rapport I (A), p. 64.*

BIT : Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail : *Genève, 1998.*

J. DEHAUSSY, J-Cl, *Droit international, Fasc. 11* : Sources du droit international – Les traités (Conclusions et conditions de validité formelle).

M. DELMAS-MARTY, La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique : *Conférence, Genève, novembre 2006.*

L. GAMET, *J-Cl, Travail traité, Fasc. 15-76* : Représentation des salariés dans les fusions transfrontalières.

M. GIULIANO, P. LAGARDE, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles : *JOUE, 31 oct. 1980, n° C. 282, p.1-50*

E. JEANSEN, *J-Cl Travail traité, Fasc. 15-80* : Le comité de groupe.

R. MEDHI, *J-Cl, Europe, Fasc. 195* : Ordre juridique de l'Union Européenne. - Effet direct.

M.-L. NIBOYET, *J-Cl, Droit international, Fasc. 552-40* : Contrats Internationaux. – Détermination du droit applicable. – Principes concurrents du principe d'autonomie.

O.C.D.E., Investissement international et entreprises multinationales. Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales : *1980*.

O.I.E. : International Framework Agreements, An Employer's Guide : *Genève, Updated Version, August 2007*.

O.I.T, Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation efficace, préf. J. SOMAVIA : *Genève, 2008, p. 7*.

O.M.C, Conférence Ministérielle, 3^{ème} session : *Seattle, 1^{er} décembre 1999, Déclaration de M. Luiz Felipe Lampreia, Ministre des Relations Extérieures du Brésil*.

V. PIRONON ; *J-Cl Droit international, Fasc. 570-75* : Groupes multinationaux – Filiales et succursales, 2010.

Report of the Human Rights Committee, 14th Session, 324 m.t.g at 2, U.N. Doc. CCPR/C/, SR 324 (1980).

J. RIDEAU, *J-Cl, Europe, Fasc. 190* : Ordre juridique de l'Union Européenne. – Sources écrites.

The Transnational Information and Consultation of Employees (Amendment) Regulations : *2010, Guidance, April 2010*.

J.-P. TRICOIT, *J-Cl, Travail traité, Fasc. 15-72* : Comité de la Société européenne.

J.-P. TRICOIT, *J-Cl, Travail traité, Fasc. 15-74* : Comité de la Société coopérative européenne.

United Nations Report, Protect, Respect and Remedy : a Framework for Business and Human Rights : *A/HRC/8/5, 7 april 2008 GE.08-12862*

UNITED-NATIONS CENTER ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS : Draft United Nations code of conduct on transnational corporations : *E/1988/39/Add1*.

United States Council for International Business, Issue Analysis, US Ratification of ILO Core Labor Standards: *April 2007*.

U.S. Supreme Court : Delegation and Individual Liberties, Delegation of Legislative Power, The History of the Doctrine of Nondelegability : *http://law.justia.com/constitution/us/article-1/03-delegation-of-legislative-power.html*.

G. VACHET, *J-Cl, Travail-Traité, Fasc. 1-32 : Négociation, Convention et Accord Collectif – Conclusion*.

G. WICKER, *Personnalité morale : Rép. civ. Dalloz, n°20, 1998*

V – DÉCISIONS CITÉES (*dans l'ordre d'apparition*)

Décisions judiciaires :

- Cass. soc. 31 mars 2010, n° 09-40.849 ; *RJS 6/10, n°490, 2^{ème} esp.*
- Cass. soc. 15 janv. 2014, n°12-22.944.
- Cass. crim. 25 janv. 2006, n°05-83.559.
- Cass. soc. 5 avril 1995, n° 93-43.866.
- Cass. soc. 25 mai 2011, n°10-14.897.
- Cass. com. 2 avr. 1996, n°94-16.380 : *Bull. civ.* 1996, IV, n°113.
- Cass. 2^{ème} civ. 28 janv. 1954, n°54-07.081.
- Cass. crim. 15 mars 1994, n°93-82.109.

- Cass. crim. 3 mars 1998, n°96-85.098.
- Cass. soc. 14 nov. 2013, n°12-29.984 ; *JCP E*, n°1, 9 janvier 2014, 1013.
- Cass. civ. 5 déc. 1910 : *Rev. Dr. Int.*, 1911, 395, *Clunet*, 1156, *S. 1911. I. 129*, note *Lyon-Caen*.
- Cass. com., 7 juin 2006, n°03-15.118.
- Cass. Req. 27 févr. 1934, *Castanié c. Dame veuve Hurtado*.
- Cass. ch. Mixte, 24 mai 1975 : *Bull. civ. V.*, n°4.
- Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avr. 2006 : *JCP S 2006*, 1424 ; *Juris-Data n° 2006-299086*.

Décisions administratives :

- CE, 22 déc. 1978, n° 11604, *Min. intérieur c/ Cohn-Bendit*.
- CE, 30 oct. 2009, n°238348, *Mme Perreux*.
- CE, 28 sept. 1984, n° 28467, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*.
- CE, 11 avril 2012, n° 322326, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*.

Décisions des juridictions de l'Union européenne :

- TPI, aff. T. 135/96, UEAPME c/Conseil de l'Union européenne, 17 juin 1998.
- CJCE, aff C-26-62, Van Gend en Loos, 5 févr. 1963.
- CJCE, aff. C-41/74, Van Duyn, 4 déc. 1974.
- CJUE, aff. jtes C-471/07 et C-472/07, AGIM et a., 14 janv. 2010.
- CJCE, aff C-148/78, Ratti, 5 avr. 1979.
- CJCE, aff. C-62/00, Marks & Spencer, 11 juil. 2002.

- CJCE, aff. C-91/92, Paola Faccini Dori, 14 juil. 1994.
- CJCE, aff C-152/84, Marshall, 26 févr. 1986.
- CJCE, aff C-14/83, Von Colson et Kamann, 10 avr. 1984.
- CJCE, aff. C-268/06, Impact, 15 avr. 2008.
- CJCE, aff. jtes C-228/90 à 234/90, C-339/90 et C-353/90, Simba et a., 9 juin 1992.
- CJCE, aff. C-443/98, Unilever Italia SpA, 26 sept. 2000.
- CJCE, aff. C-355/95 P, TWD c/ Comm., 15 mai 1997.
- CJCE, aff. T-346/02 et T-347/02, Cableuropa et a. c/ Comm, 30 sept. 2003.
- CJCE, aff. C-351/05, Laval, 18 déc. 2007.

Décisions de juridictions étrangères :

- Robinson v. Bland (1760) ; *1 Wm Bla*, 256, 263.
- Wayman v. Southard (1825) : *23 U.S. 10 Wheat. 1 1*.
- Tribunal Constitucional de Espana, sentencia 79/1989, de 4 de mayo de 1989.
- Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc., 2009 CSC 54, [2009] : *3 R.C.S. 465*.
- A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal, [2004] : *1 R.C.S. 43, 2004 CSC 2*.
- Judgment of April 25th 1973, Supreme Court Grand Bench : *Keishu*, 27, p. 547.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) : Alonso, Gregorio c. Haras Los Cardos 15/03/1940.
- Gregorio c. Haras Los Cardos : Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) : Aramburu, Victor c. Papelera Argentina S.A, 1965.

- Corte Suprema de Argentina : Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) y otros c. el Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional, 29 de agosto de 2000, sentencia núm. 19.896.

Décisions de juridictions internationales :

- Avis l'Échange des populations turques et grecques : *C.P.J.I. Série B, n°10, p. 20, 21 févr. 1925.*

VI – RESSOURCES NUMÉRIQUES

- <http://europa.eu/>
- <http://www.unidroit.org/fr/actualites>
- <http://www.ewcdb.eu/index.php>
- <http://www.ilo.org/>
- <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>
- <http://www.ituc-csi.org>
- <http://www.ioe-emp.org>

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accord Cadre International (ACI) : 344.

Accord d'anticipation : 196, 197, 202

Accord d'application : 196, 198, 203, 204,

Accord d'implication : 196

Actions (de l'instance) : 306, 338 s.

American Trading Company : 185

Animus : *V. groupe.*

Arbitrage :

- Conditions : 323, 324.
- Caractéristiques : 325.
- Intérêts : 326.

Asynchronie : 282.

Autonomie :

- Autonomie de la volonté : 30, 187 s.
- Autonomie du droit européen : 208, 211, 212, 217 s., 236.
- Philosophie : 28, 29.

C

Comité d'entreprise européen :

- Comités européen étendus : 227 s.
- Contrat : 210, 211, 258.
- Directive 94/45 : 179, 197 s., 213, 217 s.

- Directive 2009/38 : 179, 196 s., 203, 204, 211 s., 247 s., 259.
- Lois de transposition : *V. ce mot.*
- Négociation : 257 s.
- Membres associés : 217 s., 249 s.
- Personnalité morale : 259.

Confédération syndicale internationale (CSI) :

- Champ d'actions : 131.
- Objectifs : 133.

Contrat :

- Place prépondérante : 322.
- Droit européen : *V. droit européen.*

Conventions internationales : *V. OIT.*

Culture juridique :

- Notion : 234, 235.
- Culture juridique européenne : 236, 237.

D

Délégation de pouvoirs : 115, 116.

Démocratie : 164.

Doute :

- Représentation du personnel : 123, 135, 157.

Droit civil : 10 s., 72 s.,

Droit international :

- Droit international privé : 183, 265.
- Droit international public : 265 s.

- Expression (de) : 264.

Droit social :

- Droit de l'entreprise : 6 s.
- Particularisme : 10.

Droit transnational :

- Origine : 266.
- Notion : 266.

Droit de l'Union Européenne :

- Culture : *V. Culture juridique.*
- Procédure européenne : *V. ce mot.*
- Nature : 206 s.

Dumping social : 275 s.**E**

Effet direct : 243 s.**Entreprise :**

- Définition : 39 s.
- DURAND : 40.
- Economie : 7.
- Entité : 44.
- Paradigme : 7, 42, 55, 311.
- Technique d'organisation : 7, 81.
- Transnationale : 54 s.
- Sociologie : 7.

F

Fédérations Syndicales Internationales**(FSI) :**

- Conseils syndicaux : 136.
- Histoire : 136.
- Nature : 138.

Florange (loi) : 278.**G**

Globalisation : 274 s., 280, 282, 331, 345.**Groupe :**

- *Animus* : 71 s.
- Critères : 69 s.
- Définition : 75.
- Origines : 67.

H

HART : 311, 312.**I**

Instance mondiale de représentation du personnel :

- Autonomie : 30, 31.
- Caractère mondial : 21 s.
- Définition : 16 s.

J

Jus Gentium* : 264, 328, 344.*K**

KANT : 29, 138.**KELSEN : 284, 311, 312.****L**

Législateur :

- Fonction : 297.

- Transnational : *V. OIT.*

Lex mercatoria : 297 s.

Loi : 268, 269.

Loi d'autonomie :

- Appropriation communautaire : 191.
- Critères : 193 s.
- Origine : 183, 184, 185.
- Règlement « Rome I » : 193, 201, 203, 267.
- Théorie : 187, 189.

Loi de transposition :

- Contournement : 253 s.
- Importance : 241, 242.

Loi sociale transnationale :

- Contenu : 301 s.
- Légitimité : 273 s.
- Nature : 267 s.
- Origine : 267.
- Primauté : 274.
- Sanction : 316 s.
- Système : 311, 312.

M

Mandat : 117, 118, 119.

MOTULSKY : 254, 256, 313, 347.

Multinationale : 48.

O

O.I.T. :

- Conventions : 290, 302 s.
- Création : 293, 127 s.
- Réception : 289 s.

- Recommandations : 290.
- Vocation universelle : 288.

O.N.U :

- Création : 286.
- Personnalité internationale : 287.
- S.D.N. : 127, 288.
- Vocation universelle : 286 s.

P

Personnalité juridique :

- Attribution : 101.
- Appréhension : 107, 108, 109.
- Comité d'entreprise européen : 259.
- Définition : 99.
- Groupe : 106.
- Œuvre conventionnelle : 110 s.

Positivismes modérés : 311.

Primauté : 284.

Procédure européenne :

- Effet direct : 243 s.
- Interprétation conforme : 249.
- Invocation par exclusion : 250, 251.
- Invocation par disproportion : 252, 253.

R

Représentation :

- Définition : 18.
- Collectivité des salariés : 19.

Représentativité :

- Allemagne : 147.
- Autriche : 147.
- Doute : 143.
- Fonction : 146.
- France : 147.
- Législateur : 145 s.
- Notion : 140.

Réseau :

- *Animus* : 82.
- Définition : 83.
- Technique d'organisation : 81.

Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) : 344.

***Robinson v. Bland* : 183.**

S

Souveraineté : 108, 145, 299, 310.

Suprématie : 284.

Syndicalisme :

- Crise (du) : 153.
- Histoire : 126 s.

Syndicat :

- Intermédiaire : 150 s.
- Notion : 125.

T

Transnational :

- Définition : 22, 23.
- *V. Entreprise.*

W

***Wal-mart* : 277.**

***Wayman v. Southard* : 184.**

Table des matières

REMERCIEMENTS	4
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	1
Section 1 : Une conception du droit social.....	2
A. Le droit social : un droit de l'entreprise.....	2
B. Le droit social : un droit civil.....	5
Section 2 : Une tentative de définition.....	8
A. Tentative de définition de l'instance de représentation du personnel.....	8
B. Tentative de définition de l'instance mondiale de représentation du personnel.....	9
Section 3 : Un pari de l'autonomie.....	12
TITRE 1 : LES ACTEURS DE L'INSTANCE MONDIALE	15
DE REPRESENTATION DU PERSONNEL	15
<i>Chapitre 1 : L'acteur employeur</i>	<i>16</i>
Section 1 : L'entreprise transnational : périmètre de l'instance.....	17
Sous-section 1 : La définition de l'entreprise transnationale.....	17
§1 : La définition de l'entreprise.....	17
§2 : La définition de l'entreprise transnationale.....	20
Sous-section 2 : La reconnaissance de l'entreprise transnationale.....	25
§1 : Une identification par le groupe.....	26
I. Un visage reconnu.....	27
II. Un visage identifié.....	28
§2 : Une identification par le réseau.....	33
Section 2 : L'entreprise transnationale : acteur de l'instance.....	37
Sous-section 1 : Un acteur nécessaire.....	37
Sous-section 2 : Un acteur polymorphe.....	41
§1 : L'obstacle des personnalités juridiques.....	41
§2 : La transmission des pouvoirs juridiques.....	49
<i>Chapitre 2 : Les acteurs salariés</i>	<i>52</i>
Section 1 : Une légitimité en doute : les organisations syndicales internationales.....	53
Sous-section 1 : Une organisation mondiale interprofessionnelle.....	56
Sous-section 2 : Des fédérations syndicales internationales.....	58
Section 2 : Un doute légitime : le recours à la représentativité nationale.....	61
Sous-section 1 : La représentativité syndicale : une notion nationale.....	63

Sous-section 2 : La représentativité syndicale : un intermédiaire impossible	67
Section 3 : L'effacement du doute : l'avènement d'une représentation mondiale	72
Sous-section 1 : La démocratie dans le cercle de l'entreprise	73
Sous-section 2 : Une légitimité directe par une représentation directe ?	76
CONCLUSION DU TITRE I.....	79
TITRE 2 : LE REGIME DE L'INSTANCE MONDIALE	80
DE REPRESENTATION DU PERSONNEL.....	80
<i>Chapitre 1 : Un régime européen : une expérience continentale.....</i>	<i>82</i>
Section 1 : L'application du principe de la loi d'autonomie	84
Sous-section 1 : Un principe de droit international privé	84
Sous-section 2 : La présence d'un choix.....	90
Sous-section 3 : L'absence d'un choix.....	94
Section 2 : L'application des normes européennes	98
Sous-section 1 : L'application des dispositions de la directive 2009/38	100
Sous-section 2 : La place prépondérante de la loi nationale de renvoi	104
Section 3 : L'application mondiale des normes européennes	108
Sous-section 1 : L'hypothèse des comités étendus	108
Sous-section 2 : Une impossible assise pour l'instance mondiale	110
§1 : Une culture juridique régionale.....	110
§2 : Des impératifs juridiques incontournables.....	113
I. La parole des lois de transposition.....	113
A. Le mécanisme de l'effet direct	114
1. La reconnaissance de l'effet direct	114
2. Les conditions de l'effet direct	116
3. L'applicabilité de l'effet direct	117
B. L'existence de mécanismes alternatifs	118
1. L'invocation par l'interprétation.....	118
2. L'invocation par l'exclusion.....	119
3. L'invocation par la disproportion	120
II. Le silence de la directive	122
<i>Chapitre 2 : Un régime mondial : la loi sociale transnationale</i>	<i>126</i>
Section 1 : La légitimité de la loi sociale transnationale	132
Sous-section 1 : Une réponse à la globalisation.....	132
§1 : La désuétude d'une réponse nationale.....	132
§2 : La pertinence d'une réponse transnationale	136
Sous-section 2 : Une primauté normative	138
§1 : Une primauté esquissée	139
§2 : Une primauté reconnue	141

§3 : Un législateur transnational.....	148
Section 2 : Le contenu de la loi sociale transnationale.....	151
Sous-section 1 : Une production normative ordonnée	151
Sous-section 2 : Une production normative « flexible ».....	156
Section 3 : La sanction dans la loi sociale transnationale	159
Sous-section 1 : L'inadaptation du recours juridictionnel	160
Sous-section 2 : La pertinence du recours à l'arbitrage	162
CONCLUSION DU TITRE II	166
CONCLUSION GENERALE	167
Section 1 : L'action classique : l'information-consultation	168
Section 2 : L'action innovation : la négociation d'accords	170
BIBLIOGRAPHIE.....	173
INDEX ALPHABETIQUE	195
TABLE DES MATIERES	199