

Université Paris-Panthéon-Assas
École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 1^{er} juillet 2023

**La participation du comité social et
économique aux décisions économiques de
l'entreprise**

Thèse de doctorat / Juillet 2023



Christophe MIGEON

Sous la direction de Monsieur Arnaud Martinon

Membres du jury :

Monsieur Gilles Auzero

Professeur à l'Université de Bordeaux

Monsieur Julien Icard

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Grégoire Loiseau

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Arnaud Martinon

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Au Professeur Martinon,

À ceux qui précèdent,

Et ceux qui suivront.

Bourbonichon, gilet de velours, ventre de son.

Résumé :

Le comité d'entreprise, devenu comité social et économique, participe aux décisions économiques de l'entreprise. Cette participation emprunte, pour l'essentiel, deux formes : l'information-consultation et la négociation. L'information-consultation est la forme la plus ancienne ; sa dynamique est désormais stabilisée. Procédant d'un incrementalisme désordonné, l'information-consultation du comité social et économique sur les décisions de l'employeur est critiquable. Elle n'a pas pour objet de lier ce dernier. Les sanctions de la méconnaissance de l'obligation d'information-consultation du comité social et économique ne sont pas non plus de nature à assurer l'effectivité de cette forme de participation. L'essor de la négociation comme vecteur de participation du comité social et économique pourrait résoudre ces difficultés. La négociation transforme son rôle dans l'entreprise. Au terme d'évolutions multiples, le comité social et économique devient progressivement co-titulaire du pouvoir décisionnel dans l'entreprise, en étant l'interlocuteur privilégié de l'employeur dans la négociation. Il intervient pour organiser les conditions de sa participation dans l'entreprise, et pour pallier l'absence de négociateur syndical. Cette accession nouvelle du comité social et économique au pouvoir décisionnel de l'entreprise trouve son point d'orgue dans la possibilité offerte aux partenaires sociaux de décider sa transformation en conseil d'entreprise. Ce dernier est seul habilité à négocier avec l'employeur. Cette transformation marque une évolution capitale de sa participation aux décisions économiques de l'entreprise.

Descripteurs : Comité social et économique – Comité d'entreprise – Conseil d'entreprise – Participation aux décisions – Information – Consultation – Négociation – Attributions économiques – Veto – Délit d'entrave – Représentation du personnel – Accord collectif

Abstract:

The works council, which has become the social and economic committee, participates in the economic decisions of the company. This participation takes two main forms: information-consultation and negotiation. Information-consultation is the oldest form; its dynamic is now stabilized. Proceeding from a disordered incrementalism, the information-consultation of the social and economic committee on the decisions of the employer is open to criticism. Its purpose is not to bind the latter. The sanctions of the disregard of the obligation of information-consultation of the social and economic committee are not likely to ensure the effectiveness of this form of participation either. The development of negotiation as a means of participation of the social and economic committee could resolve these difficulties. Negotiation transforms its role in the company. Following a number of developments, the social and economic committee is gradually becoming the joint holder of decision-making power in the company, by being the employer's preferred negotiating partner. It intervenes to organize the conditions of its participation in the company, and to compensate for the absence of a trade union negotiator. This new accession of the social and economic committee to the decision-making power of the company culminates in the possibility offered to the social partners to decide its transformation into a company council. The latter has the sole right to negotiate with the employer. This transformation marks a major evolution in its participation in the economic decisions of the company.

Keywords: Social and Economic Committee – Works Council – Company Council – Participation in decision-making – Information – Consultation – Negotiation – Economic prerogatives – Veto – Obstruction – Collective representation – Collective bargaining

Principales abréviations

<i>Action jur.</i>	Action juridique CFDT
<i>Adde</i>	Ajouter
aff.	Affaire
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, Droit administratif
<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique, Droit pénal
al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière
avr.	Avril
BIT	Bureau international du travail
<i>BJS</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>BJT</i>	Bulletin Joly Travail
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Cah. Cons. const.</i>	Les Cahiers du Conseil constitutionnel
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. DRH</i>	Les Cahiers du DRH
<i>Cah. Lamy CE</i>	Les Cahiers Lamy du CE
<i>Cah. Lamy CSE</i>	Les Cahiers Lamy du CSE
<i>Cah. soc.</i>	Cahiers sociaux
CAMT	Centre d'archives du monde du travail
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 1 ^e civ.	1 ^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^e civ.	2 ^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce

CE	Conseil d'Etat
CE	Comité d'entreprise
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
Ch.	Chapitre
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
Coll.	Collection
<i>Comp.</i>	Comparer
COMPTRASEC	Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Consid.	Considérant
<i>Contra</i>	Opinion contraire
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. rur.	Code rural
CSE	Comité social et économique
CSOEC	Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables
C. trav.	Code du travail
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
D.	Décret
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
déc.	Décembre
DGT	Direction générale du travail
Dir.	Directive
<i>Dr. ouvr.</i>	Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
éd.	Edition
<i>& alii</i>	Et autres
Fasc.	Fascicule
févr.	Février
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
Instr.	Instruction
IRES	Institut de recherches économiques et sociales
janv.	Janvier

<i>JCP</i>	JurisClasseur Périodique
<i>JCP E</i>	La Semaine Juridique, édition Entreprise et Affaires
<i>JCP G</i>	La Semaine Juridique, édition Générale
<i>JCP S</i>	La Semaine Juridique, édition Sociale
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JOAN</i>	Journal Officiel de l'Assemblée nationale
<i>JO Sénat</i>	Journal Officiel du Sénat
<i>JSL</i>	Jurisprudence sociale Lamy
juill.	Juillet
L.	Loi
<i>Lebon</i>	Recueil Lebon
<i>Lexbase Hebdo</i>	Lexbase Hebdomadaire
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Liaisons soc.</i>	Liaisons sociales
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
n°	Numéro
not.	Notamment
nov.	Novembre
obs.	Observations
oct.	Octobre
OIT	Organisation internationale du travail
Ord.	Ordonnance
p.	Page
<i>préc.</i>	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
<i>Rappr.</i>	Rapprocher
<i>RDA</i>	Revue de droit administratif
<i>Rec.</i>	Recueil
réf.	Référé
<i>Rev. admin.</i>	Revue administrative
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDCTSS</i>	Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale
<i>RDH</i>	Revue des droits de l'homme
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RDS</i>	Revue de droit des sociétés
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social

<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
req.	Requête
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RJF</i>	Revue de jurisprudence fiscale
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RPDS</i>	Revue pratique de droit social
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Et suivant(e)s
sept.	Septembre
spéc.	Spécifiquement
ss.	Sous
<i>SSL</i>	Semaine Sociale Lamy
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TJ	Tribunal judiciaire
<i>TPS</i>	Travail et protection sociale
trad.	Traduction
v.	Voir
<i>v°</i>	<i>Verbo</i>
vol.	Volume

Sommaire

Introduction	12
Partie 1. La participation stabilisée	42
Titre 1. La dynamique de l'information-consultation	43
Chapitre 1. La consolidation de l'obligation d'information	44
Chapitre 2. La sédimentation de l'obligation de consultation	92
Titre 2. L'efficacité des sanctions de l'information-consultation	147
Chapitre 1. Les sanctions civiles	148
Chapitre 2. Les sanctions pénales	193
Partie 2. La participation renouvelée	235
Titre 1. Le renouvellement des sources	236
Chapitre 1. La négociation sur la participation	237
Chapitre 2. L'acteur de la négociation sur la participation	260
Titre 2. Le renouvellement de l'esprit	300
Chapitre 1. L'existence d'une négociation ponctuelle	302
Chapitre 2. La consécration d'une négociation permanente	326
Conclusion	354
Bibliographie	356
Index	418
Table des matières	423

Introduction

« Le mot “participation”, tombé de lèvres augustes, est maintenant noyé dans la mare aux lieux communs. Il est frappant qu’au cours de sa chute, nul ne semble avoir perçu qu’il n’avait littéralement pas de sens »¹

1. Une subtile composition d’intérêts. La participation du comité social et économique aux décisions économiques de l’entreprise ? À en croire un auteur, le législateur n’a « rien élaboré de tel »². Le comité social et économique est surtout identifié au travers de son action dans le domaine socio-culturel³. Longtemps délaissée⁴, sa participation aux décisions économiques de l’entreprise reste encore secondaire⁵, tant pour les élus⁶, que pour les salariés⁷. Et pourtant, depuis l’institution du comité⁸, les textes n’ont pas manqué⁹. Entre 1945 et 1992, près d’une trentaine de lois et ordonnances ont été adoptées¹⁰. Depuis, la frénésie législative n’a pas cessé :

¹ R. LEMAIGNEN, « La participation », *Revue des Deux Mondes* 1968, n° 10, p. 3.

² G. LYON-CAEN, « À la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail (réalités et illusions) », in *Droit syndical et droits de l’homme à l’aube du XXI^e siècle, Mélanges en l’honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 81.

³ S. DASSA, « Le mouvement de mai et le système de relations professionnelles », *Sociologie du travail* 1970, n° 3, p. 244, spéc. p. 259 : « le comité d’entreprise n’a pas d’autre lien avec le personnel que comme prestataire de services socio-culturels ».

⁴ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d’entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 3, p. 6 ; P. DURAND, « La représentation des travailleurs sur le plan de l’entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l’entreprise dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1959, p. 197, spéc. p. 245.

⁵ IRES, *Évolution des comités d’entreprise : effets et usages des nouveaux outils de consultation issus de la Loi de Sécurisation de l’Emploi (LSE)*, Rapport, 2016, p. 11 : « À l’égard des activités sociales et culturelles, les attributions économiques peuvent paraître éloignées et secondaires, y compris pour les salariés ».

⁶ N. FLEURY, K. GUILLAS-CAVAN & F. LERAIS, « Dialogue social sur la stratégie de l’entreprise : éléments de bilan et perspectives », *Revue de l’IRES* 2018, n° 94, p. 115, spéc. p. 132.

⁷ C. GUILLAUME & B. MOURET, « Les élus de comité d’entreprise : de l’institutionnalisation à la professionnalisation ? », *Revue de l’IRES* 2004, n° 44, p. 39 : « les salariés ne connaissent pas le rôle économique du comité : ils ne savent pas, par exemple, que le comité doit être informé et consulté sur la marche générale de l’entreprise, qu’il peut utiliser l’expertise ou son droit d’alerte. Pour la majorité des salariés, le comité est assimilé avant tout au domaine socioculturel ».

⁸ Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d’entreprise, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954.

⁹ I. VACARIE, *L’employeur*, Sirey, 1979, n° 340, p. 236.

¹⁰ P. CALANDRA, *Les attributions d’ordre économique des institutions représentatives du personnel dans l’entreprise*, Rapport, Conseil économique et social, 1992, p. 138 et s.

1996¹¹, 2002¹², 2003¹³, 2005¹⁴, 2013¹⁵, 2015¹⁶, 2017¹⁷, 2021¹⁸... Cette difficulté à stabiliser la participation du comité social et économique trouve sa source dans la subtile composition d'intérêts qu'elle suppose : intérêts de l'employeur d'une part, intérêts des salariés de l'autre¹⁹. Face à la liberté d'entreprendre du premier, la participation aux décisions économiques de l'entreprise par les seconds n'a rien d'évident²⁰. Présentée comme « *légitime* »²¹, elle s'est néanmoins progressivement affirmée comme un incontournable du droit du travail²².

2. L'intermédiation par le comité social et économique. La participation suppose de répondre d'abord à un « *besoin profond* »²³ : celui de l'intermédiation par la

¹¹ L. n° 96-985 du 12 nov. 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, *JORF* n° 0264, 13 nov. 1996, texte n° 1.

¹² L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, *JORF* n° 0015, 18 janv. 2002, p. 1008, texte n° 1.

¹³ L. n° 2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JORF* n° 0003, 4 janv. 2003, p. 255, texte n° 1.

¹⁴ L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n° 0015, 19 janv. 2005, p. 864, texte n° 1.

¹⁵ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1.

¹⁶ L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

¹⁷ Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 3.

¹⁸ L. n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JORF* n° 0196, 24 août 2021, texte n° 1.

¹⁹ A. LYON-CAEN, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », *Dr. soc.* 2002. 258 : « rien n'est en effet plus délicat que la subtile composition, à laquelle tend à donner vie et sens le droit du travail, entre la liberté d'entreprendre et des règles qui encadrent, c'est-à-dire restreignent et légitiment en même temps, l'exercice des prérogatives d'employeur ».

²⁰ J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 : « La consultation des représentants du personnel (...) repose sur l'idée, pas nécessairement spontanée dans une économie de marché, que les salariés soient informés et puissent discuter les choix des dirigeants ».

²¹ J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, « La réforme des comités d'entreprise (étude de la loi du 16 mai 1946) », *JCP* 1946. 570 : « Si l'on veut abolir l'injuste et l'inhumaine condition du prolétaire, il ne suffit pas de donner à l'ouvrier le salaire vital et la sécurité du lendemain, il faut l'intégrer à l'entreprise, en faire un membre de la communauté de travail, un associé. La participation du personnel à la gestion des entreprises est légitime ».

²² J. GRINSNIR, « L'effectivité des droits en matière d'institutions représentatives du personnel », *Dr. ouvr.* 1991. 159 : « La jurisprudence a commencé à relayer une évolution profonde du corps social, (...) estimant que l'intervention des représentants des salariés dans les choix stratégiques de l'entreprise et, ainsi, la limitation de la toute puissance patronale, a acquis une légitimité indiscutable, et même qu'elle constitue aujourd'hui un concept idéologique de référence faisant l'objet d'un large consensus parmi les salariés ».

²³ M. DESPAX, « Réflexions sur l'activité des représentants du personnel », *D.* 1963. 67.

représentation²⁴. Dans les petites entreprises, les relations sont davantage personnelles, ce qui ne rend pas nécessaire une institutionnalisation de la représentation²⁵. En deça de l'effectif de cinquante salariés, le comité social et économique n'a qu'une fonction résiduelle dans l'entreprise²⁶. La situation des grandes entreprises est différente : la représentation au travers d'institutions s'avère salutaire²⁷. La participation qui en découle jaillit pleinement dans les entreprises dont l'effectif est supérieur à cinquante salariés²⁸.

3. Les participations. Au sens commun, la participation est « *l'action de participer à quelque chose* »²⁹, d'y « *prendre part* »³⁰. En droit, son sens est identique : la participation est le fait de participer à une action, une opération, une activité, de manière occasionnelle ou habituelle³¹. La participation revêt aussi un sens plus étroit lorsqu'elle est envisagée comme le « *fait de coopérer à une activité et d'être associé à ses résultats* »³². Cette approche est celle du droit du travail³³, lequel consacre une participation bicéphale : une participation aux décisions, et une participation

²⁴ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n° 266, p. 203.

²⁵ E. CORDOVA, « La participation des travailleurs aux décisions dans l'entreprise. Tendances et problèmes actuels », *RIT* 1982. I. 139 : « *Les relations sont personnelles et moins formalistes dans les petites entreprises, qui, semble-t-il, ne se prêtent pas aux formes institutionnalisées de représentation et de participation* ».

²⁶ C. trav., art. L. 2312-5.

²⁷ C. SACHS-DURAND, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985, p. 40 : « *Il est bien évident que plus les effectifs sont élevés, plus le temps consacré à ces activités et le nombre de personnes qui s'y livrent doit augmenter* » ; A. BRUN, « L'évolution en droit français du rôle du syndicalisme dans l'entreprise », in *Les Cahiers de Droit, Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 429 : « *La dimension des entreprises actuelles fait obstacle aux relations individuelles de patron à salarié qui existaient dans le passé. Cependant les communications entre l'employeur et son personnel sont d'une nécessité absolue. Il a donc fallu créer des institutions qui permettent au dialogue de s'établir : ce sont les organes de représentation du personnel dans l'entreprise* ».

²⁸ C. trav., art. L. 2312-8 et s.

²⁹ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Participation* ; TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Participation*.

³⁰ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Participer* ; LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Participer*.

³¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Participation*.

³² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Participation*.

³³ *Comp. C.* PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n° 4172, p. 755.

financière³⁴. Celles-ci ne sont ni exclusives l'une de l'autre, ni hiérarchisées³⁵. La participation financière vise l'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise et, plus globalement, les mécanismes de rémunération additionnels au versement du salaire³⁶. La participation aux décisions recouvre l'implication des salariés dans les processus décisionnels de l'entreprise, aux fins d'expression de leurs intérêts³⁷. Elle est aussi qualifiée de participation « à la gestion »³⁸. Celle-ci est le plus souvent organisée de manière indirecte, par le biais de représentants³⁹, notamment au travers du comité social et économique (**Section 1**). Sa participation dans l'entreprise bénéficie d'une assise juridique certaine (**Section 2**), mais seule sa participation aux décisions économiques de l'entreprise sera étudiée (**Section 3**).

Section 1. Le comité social et économique

4. La représentation des salariés dans l'entreprise est le fruit d'une histoire (§1), laquelle permet d'expliquer la consécration récente du comité social et économique (§2).

³⁴ S. GUINCHARD & T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, 2023, p. 775 : « En droit du travail, la participation peut s'entendre de deux façons : ce peut être la participation du personnel à la marche de l'entreprise ou la participation du personnel aux résultats de l'entreprise » ; J.-M. MOULIN, « La participation des salariés à la gestion de la société (le comité d'entreprise actionnaire) », *BJS* 2002, n° 5, p. 571 : « En premier lieu, le terme participation peut viser tous les mécanismes utilisés pour favoriser l'entrée des salariés dans le capital de la société qui gère l'entreprise à laquelle ils sont liés par un contrat. (...) La participation peut, en second lieu, viser aussi les hypothèses où une partie du pouvoir de décision dans l'entreprise est directement confiée aux salariés de celle-ci ».

³⁵ Contra J.-L. BEFFA & C. CLERC, « Les chances d'une codétermination à la française », *Prisme* 2013, n° 26, p. 13 ; J. BARTHÉLÉMY, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737 : « la participation c'est forcément celle aux décisions, au management, la participation financière n'en étant que la conséquence ».

³⁶ J.-S. LIPSKI, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, 2012, n° 15, p. 9 et s.

³⁷ J. DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 145, p. 69.

³⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° Participation.

³⁹ M. KOEHL, « La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion », *RDT* 2020. 237 : « la participation des salariés est principalement indirecte car c'est une participation par le biais de représentants ».

§1. L'histoire

5. Des délégués. L'histoire du comité social et économique est d'abord celle de délégués spontanément désignés par les salariés dans certains secteurs d'activité⁴⁰. La première loi sur la représentation du personnel concerne les délégués mineurs⁴¹, à la fin du XIX^e siècle⁴², lesquels étaient chargés de s'assurer de l'application des normes de sécurité⁴³. Les entreprises dédiées à la défense nationale pendant la Grande Guerre connaissent à leur tour des délégués⁴⁴ : les délégués d'atelier⁴⁵. Ce n'est qu'en 1936 que les délégués du personnel sont créés⁴⁶. Élus par les salariés, ils ont pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles, puis collectives, et de veiller au respect de la réglementation sur l'hygiène et la sécurité⁴⁷. Leur généralisation dans les entreprises d'au moins dix salariés intervient deux ans plus tard⁴⁸, avant la suspension partielle du dispositif pendant la Seconde Guerre mondiale⁴⁹. La représentation du personnel dans l'entreprise s'édifiera sur leur base⁵⁰, avec pour philosophie de substituer aux salariés isolés un groupement organisé⁵¹.

⁴⁰ P. DURAND, « La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1959, p. 197, spéc. p. 201.

⁴¹ L. du 8 juill. 1890 sur les délégués à la sécurité des ouvriers mineurs, *JORF* n° 0184, 9 juill. 1890, p. 3463.

⁴² N. OLSZAK, « L'usine au XIX^e siècle », *SSL* 2003, n° 1140, p. 12.

⁴³ J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 11 et s.

⁴⁴ N. CATALA, *Traité de droit du travail. L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, n° 439, p. 478.

⁴⁵ D. du 17 janv. 1917 relatif au règlement des différends collectifs entre patrons et ouvriers libres de toute obligation militaire dans les établissements, usines et exploitations privées, travaillant à la fabrication des armements, munitions et matériels de guerre, *JORF* n° 0017, 18 janv. 1917, p. 579.

⁴⁶ Accord de Matignon, 8 juin 1936, art. 5.

⁴⁷ Accord de Matignon, 8 juin 1936, art. 5.

⁴⁸ D.-L. du 12 nov. 1938 portant statut des délégués du personnel, modifiant le statut des délégués à la sécurité des ouvriers mineurs et relatif aux groupements professionnels, *JORF*, 12 nov. 1938, p. 12867.

⁴⁹ D.-L. du 10 nov. 1939 relatif au régime du travail pendant les hostilités, *JORF* n° 0277, 11 nov. 1939, p. 13025 ; *Adde* D.-L. du 4 oct. 1939 relatif au fonctionnement des délégués mineurs pendant la durée des hostilités, *JORF* n° 0252, 17 oct. 1939, p. 12379.

⁵⁰ J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019, p. 359 ; G. AUBIN & J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, 1^e éd., PUF, 1995, n° 356, p. 284 : « la réforme est significative : les salariés disposent désormais d'une représentation particulière. La conception civiliste s'estompe, pour laquelle les relations de travail se formaient entre l'employeur et chacun de ses salariés. La théorie statutaire s'impose et, avec elle, l'idée d'une entreprise, communauté organique où se rencontrent, en vue d'une collaboration, le capital et le travail ».

⁵¹ N. CATALA, *Traité de droit du travail. L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, n° 438, p. 477.

6. Des comités. Pendant l'Occupation, la collaboration entre classes est encouragée⁵² : les membres de l'entreprise sont invités à s'entendre⁵³. À cette fin, la Charte du travail crée les comités sociaux d'établissement dans les structures dont l'effectif est supérieur à cent salariés⁵⁴. Contrairement aux délégués du personnel qui intervenaient de façon intermittente⁵⁵, le comité social d'établissement est institué de manière permanente⁵⁶. Sa mission est sociale, voire alimentaire⁵⁷. C'est ce qui lui vaut le célèbre sobriquet de « *comité patates* »⁵⁸. L'utilité sociale du comité social d'établissement explique la réussite de sa mise en place⁵⁹. D'inspiration anglo-saxonne⁶⁰, des comités mixtes à la production sont aussi créés dans les établissements techniques de l'air sous le Gouvernement provisoire d'Alger⁶¹, avant de disparaître à la Libération⁶². Ils ont pour but de contribuer à l'amélioration du rendement de l'entreprise⁶³. Fleuriront ensuite, de

⁵² P. LAROQUE, « La charte du travail », *JCP* 1941. I. 234 ; P. DURAND, « La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1959, p. 197, spéc. p. 204 : « *Les comités d'établissements participaient à l'idéologie générale de la Charte, c'est-à-dire à un esprit de collaboration sociale* ».

⁵³ G. AUBIN & J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, 1^e éd., PUF, 1995, n° 364, p. 288 : « *Dans leur propre intérêt, les membres d'une même entreprise, plutôt que de se combattre, doivent rechercher l'entente. En prenant l'habitude de se réunir, ils ne tarderont pas, pensent les auteurs de la charte, à éprouver les uns pour les autres des sentiments de sympathie et de solidarité* ».

⁵⁴ L. n° 4260 du 4 oct. 1941 relative à l'organisation sociale des professions, art. 23, *JORF* n° 0293, 26 oct. 1941, p. 4650.

⁵⁵ P. DURAND, « La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1959, p. 197, spéc. p. 205.

⁵⁶ G. AUBIN & J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, 1^e éd., PUF, 1995, n° 364, p. 288.

⁵⁷ J.-P. LE CROM, « “La profession aux professionnels” : la loi du 4 octobre 1941 sur l'organisation sociale des professions, dite Charte du travail », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 143, spéc. p. 151.

⁵⁸ Y. LEROY, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : composition et fonctionnement*, Dalloz, 2019, n° 3.

⁵⁹ J.-P. LE CROM, « Une révolution par la loi ? L'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 165, spéc. p. 166.

⁶⁰ J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 33.

⁶¹ D. du 22 mai 1944 portant création de comités mixtes à la production dans les établissements techniques de l'air et d'un comité supérieur au commissariat à l'air, *JORF* n° 0044, 27 mai 1944, p. 421.

⁶² M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 4, p. 47.

⁶³ R. TREMPÉ, « Aux origines des comités mixtes à la production : les comités de libération d'entreprise dans la région toulousaine », *Revue d'histoire de la Deuxième Guerre mondiale et des conflits contemporains* 1983, n° 131, p. 41 ; P. DURAND, « La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1959, p. 197, spéc. p. 205.

manière spontanée et non encadrée⁶⁴, des comités de gestion aux attributions variables selon leur lieu d'implantation⁶⁵.

7. Les comités d'entreprise. Le comité d'entreprise, créé par l'ordonnance du 22 février 1945, met fin à cet éclatement⁶⁶. Il s'inspire directement du comité social d'établissement créé sous Vichy⁶⁷. Le seuil de cent salariés pour sa mise en place est notamment repris, tout comme la gestion des œuvres sociales et culturelles⁶⁸. Il est implanté au niveau de l'entreprise⁶⁹. Le comité d'entreprise est appréhendé comme un organe de coopération entre les salariés et l'employeur⁷⁰, sans toutefois remettre en cause le pouvoir de décision de ce dernier⁷¹. À la « *timidité* »⁷² de l'ordonnance, succède ensuite une véritable consécration du comité d'entreprise⁷³. La loi du 16 mai 1946 étend sa mise en place aux entreprises d'au moins cinquante salariés⁷⁴. Surtout,

⁶⁴ Y. LEROY, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : composition et fonctionnement*, Dalloz, 2019, n° 4 : « à la libération, des comités fleurissent spontanément, sous l'impulsion des comités locaux de libération : comités patriotiques, comités à la production, comités de gestion ».

⁶⁵ J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019, p. 364 ; J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 36.

⁶⁶ Exposé des motifs, Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954.

⁶⁷ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 12, p. 22 ; J.-P. LE CROM, « Du bon usage de l'histoire en droit du travail », *SSL* 2002, n° 1095, p. 58 ; J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 28 ; J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019, p. 362.

⁶⁸ Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, art. 1, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954.

⁶⁹ P. DURAND, « La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la CEEA*, Luxembourg, 1959, p. 197, spéc. p. 206 : « Les comités d'entreprise ont une compétence beaucoup plus large que les comités sociaux d'établissement de la Charte. Leur dénomination est caractéristique. Il est significatif qu'ils aient été institués sur le plan de l'entreprise et non sur celui de l'établissement. L'ordonnance de 1945 a en effet voulu leur conférer des attributions dans l'ordre économique et financier. Ce ne sont pas seulement des organismes sociaux ».

⁷⁰ D. L., « Les comités d'entreprises », *Esprit* 1945, n° 107, p. 464.

⁷¹ Y. LEROY, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : composition et fonctionnement*, Dalloz, 2019, n° 5.

⁷² D. PÉPY, « Les comités d'entreprise. L'ordonnance du 23 février 1945 », *Dr. soc.* 1945. 45 ; P. F., « Les comités d'entreprise », *Esprit* 1948, n° 146, p. 110.

⁷³ J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, « La réforme des comités d'entreprise (étude de la loi du 16 mai 1946) », *JCP* 1946. 570.

⁷⁴ L. n° 46-1065 du 16 mai 1946 tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise, *JORF* n° 0115, 17 mai 1946, p. 4251.

là où l'ordonnance prévoyait que le comité soit informé sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, la loi impose qu'il soit désormais *consulté*⁷⁵.

8. Une logique de compétences. Aux délégués du personnel est reconnue la mission de revendication⁷⁶ ; au comité d'entreprise, celle de la coopération en matière économique et sociale⁷⁷. L'année suivante est marquée par la consécration du volet relatif à la santé et la sécurité des salariés, au travers du comité d'hygiène et de sécurité⁷⁸, lequel donnera naissance au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁷⁹. Jusqu'à peu, les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail concentraient, au niveau de l'entreprise, la représentation collective des salariés⁸⁰. Le demi-siècle écoulé entraînait son lot de réformes ponctuelles, souvent liées à la majorité politique du moment⁸¹. Les ajustements ne remettaient pas en cause, dans leur principe, ces instances complémentaires de représentation du personnel⁸².

⁷⁵ P. CALANDRA, *Les attributions d'ordre économique des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise*, Rapport, Conseil économique et social, 1992, p. 40 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 11, p. 52.

⁷⁶ L. n° 46-730 du 16 avr. 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises, *JORF* n° 0091, 17 avr. 1946, p. 3224.

⁷⁷ J.-P. LE CROM, « Regard historique sur la fusion des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2018. 82 : « D'un côté, les délégués du personnel sont chargés de porter les réclamations, individuelles ou collectives, des salariés ; de l'autre, les comités d'entreprise sont invités à coopérer avec la direction de l'entreprise sur les questions économiques tout en étant chargés, a priori, de manière autonome, de la gestion des œuvres sociales. Réclamation d'un côté ; coopération de l'autre » ; N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 119.

⁷⁸ D. n° 47-1430 du 1^{er} août 1947 portant règlement d'administration publique en ce qui concerne l'institution de comités d'hygiène et de sécurité dans les établissements soumis aux dispositions du chapitre 1^{er} du titre II du livre II du code du travail, *JORF* n° 0181, 2 août 1947, p. 7554 ; Arr. du 11 août 1947 fixant la nature des renseignements à fournir par les comités d'hygiène et de sécurité, *JORF* n° 0198, 23 août 1947, p. 8360.

⁷⁹ L. n° 82-1097 du 23 déc. 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, *JORF* n° 0300, 26 déc. 1982, p. 3858.

⁸⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 392, p. 347 ; S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 25, p. 35.

⁸¹ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 10, p. 20 et s.

⁸² V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 6, p. 11 : « Tous les apports législatifs qui ont suivi ne semblent avoir eu pour mission que de préciser ce qui avait déjà été édicté en 1945 ; ils n'ont fait qu'accroître les moyens du comité sans jamais modifier la nature consultative de ses interventions » ; Y. LEROY, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : composition et fonctionnement*, Dalloz, 2019, n° 7 et s.

§2. La consécration

9. Une représentation unifiée. La consécration du comité social et économique bouleverse cet ordonnancement finalisé des instances de représentation du personnel⁸³. Elle procède à une fusion des missions auparavant exercées par des instances distinctes⁸⁴. Le comité d'entreprise, devenu comité social et économique, en est le réceptacle : il devient le « *pilier de la représentation* »⁸⁵. Les critiques du système de représentation du personnel en droit français justifiant la fusion des instances ont essentiellement porté sur trois points⁸⁶ : une intervention segmentée⁸⁷, un surcoût de fonctionnement⁸⁸, et un chevauchement des compétences⁸⁹. Il s'est agi, en somme, de consacrer un impératif d'efficacité sociale, économique et technique⁹⁰.

10. Les précédentes tentatives d'unification de la représentation. La logique du comité social et économique n'est toutefois pas inédite. Des tentatives de fusion des

⁸³ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1142, p. 1452.

⁸⁴ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 34, p. 74.

⁸⁵ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 395, p. 350 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 646, p. 656.

⁸⁶ B. TEYSSIÉ, « Remarques sur le droit du travail », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 495, spéc. p. 500 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 012.21, p. 16 et s. ; Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 21 et s.

⁸⁷ Exposé des motifs, L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 2, *JORF* n° 0217, 16 sept. 2017, texte n° 3.

⁸⁸ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 330, p. 164.

⁸⁹ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 393, p. 349 : « Cette coexistence faisait l'objet de critiques fondées sur l'irrationalité du système de représentation confronté aux mutations de l'entreprise, sur les recouvrements de compétences et les doubles emplois, sur les coûts engendrés par l'effet mille-feuilles ou encore sur l'illisibilité de la représentation collective pour ceux-là mêmes qu'elle concernait au premier chef » ; Y. LEROY, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : composition et fonctionnement*, Dalloz, 2019, n° 14 : « Trois arguments sont principalement avancés pour justifier la fusion des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en une seule instance. Premièrement, le système de représentation du personnel, construit par strates successives, serait complexe, les différentes instances cohabitant sans qu'il soit toujours possible de bien délimiter leurs missions respectives. Deuxièmement, il serait inadapté et ne permettrait pas aux représentants d'avoir une vision globale de l'entreprise, puisque les instances étaient spécialisées. Troisièmement, les coûts de la mise en place des institutions représentatives seraient excessifs ».

⁹⁰ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 10, p. 17 et s.

instances avaient déjà été effectuées. Le législateur était intervenu en 1993 en créant la délégation unique du personnel, laquelle correspondait à une juxtaposition des délégués du personnel et du comité d'entreprise dans les entreprises de moins de deux cents salariés⁹¹. Décidée unilatéralement par l'employeur⁹², la création de la délégation unique du personnel donnait lieu à un exercice alternatif des missions des instances regroupées⁹³. En 2015, le législateur élargissait la délégation unique du personnel aux entreprises de moins de trois cents salariés⁹⁴. Il consacrait la possibilité d'y inclure le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁹⁵. Pour les entreprises de plus de trois cents salariés, le regroupement des institutions représentatives du personnel s'effectuait par accord d'entreprise⁹⁶. Désormais « *contrainte* »⁹⁷, la fusion des institutions représentatives du personnel donne naissance au comité social et économique, entité « *polycompétente* »⁹⁸.

⁹¹ L. n° 93-1313 du 20 déc. 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, art. 29, *JORF* n° 0295, 21 déc. 1993, p. 17769, texte n° 1.

⁹² Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, *Rec. Cons. const.* 1993. 593 ; *RJS* 1994. 269 ; *JCP E* 1994. III. 66546 ; *Dr. soc.* 1994. 139, obs. X. Prétot.

⁹³ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 91, p. 78 : « Réunissant, dans un premier temps, les délégués du personnel et le comité d'entreprise, la délégation unique du personnel était une création hybride. L'union des mandats était effectuée sans qu'il fût mis un terme à la pluralité des instances. Les membres de la délégation unique assuraient à la fois les fonctions de délégué du personnel et celles de membre du comité d'entreprise avec, à la clé, un maintien des attributions et des règles de fonctionnement propres à chaque instance, à quelques adaptations près ».

⁹⁴ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 92, p. 79 : « Plus de vingt ans après la création de la délégation unique du personnel, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 procéda à un élargissement du cercle des entreprises susceptibles de constituer une délégation unique du personnel. De moins de deux cents salariés en 1993, le seuil d'effectif en-deçà duquel une délégation unique pouvait être mise en place fut porté à moins de trois cents salariés ».

⁹⁵ C. trav., art. L. 23-101-1, anc.

⁹⁶ L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

⁹⁷ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 390, p. 346.

⁹⁸ G. LOISEAU, « Le comité social et économique », *Dr. soc.* 2017. 1044.

11. Une représentation négociée. Cette nouveauté s'accompagne de l'irruption de la négociation collective dans le droit de la représentation du personnel⁹⁹. Longtemps soumise à un ordre public absolu¹⁰⁰, la représentation du personnel s'est progressivement ouverte à la négociation collective¹⁰¹. La rupture est aujourd'hui importante, car « *jamais la matière des institutions représentatives du personnel n'avait été à ce point négociable* »¹⁰². Les dispositions du code du travail relatives au comité social et économique s'apparentent désormais à un « *manuel pour négociateurs* »¹⁰³. L'objectif est de permettre aux partenaires sociaux d'identifier facilement le champ du négociable¹⁰⁴. Organisée autour d'un nouveau découpage du code du travail en triptyque, la négociation collective intervient s'agissant des attributions et du fonctionnement interne du comité social et économique¹⁰⁵, favorisant la constitution d'un comité social et économique « *intuitu firmae* »¹⁰⁶. Sa participation dans

⁹⁹ F. FAVENNEC-HÉRY, « Le comité social et économique : une instance à construire », *SSL* 2017, n° 1790, p. 71 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 35, p. 75 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 012.21, p. 17 : « *Au-delà de ce qu'il est permis de considérer comme une révolution dans le droit français de la représentation du personnel tel qu'il s'était construit spécialement depuis l'immédiat après-guerre, la réforme entreprise (...) manifeste très clairement l'irruption de la négociation collective comme modalité d'organisation de la représentation élue du personnel* ».

¹⁰⁰ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 525, p. 445 : « *À l'origine, en effet, ce domaine échappait à la négociation collective ; le droit des institutions représentatives du personnel était conçu comme un droit à part, d'ordre public, assurant le droit des salariés d'être représentés et dont la négociation collective ne pouvait pas disposer* ».

¹⁰¹ Y. FERKANE, « La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE », *Dr. ouvr.* 2019. 446 ; A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 33, p. 35 et s.

¹⁰² F. GÉA, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT* 2018, n° 1, p. 50.

¹⁰³ L. MACHU & J. PÉLISSE, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie 2) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT* 2019. 559.

¹⁰⁴ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 27, p. 32 : « *L'objectif est d'offrir aux partenaires sociaux une vision plus claire du droit négociable* ».

¹⁰⁵ G. FRANÇOIS, « La conventionnalisation de la représentation du personnel », *BJT* 2019, n° 12, p. 70.

¹⁰⁶ G. LOISEAU, « Le comité social et économique », *Dr. soc.* 2017. 1044.

l'entreprise devient tributaire de la négociation collective¹⁰⁷, laquelle peut renforcer cette participation, comme minorer son intensité¹⁰⁸.

Section 2. La participation

12. La participation dans l'entreprise est le fruit des idées du XX^e siècle (§1). Ses ressorts théoriques justifient la protection juridique dont elle bénéficie (§2).

§1. Les ressorts

13. Les ressorts intellectuels de la participation du comité social et économique sont nombreux, mais deux d'entre eux ont constitué l'assise principale de son expansion : le catholicisme social (I), et l'idéal démocratique (II).

I. Le catholicisme social

14. L'influence du catholicisme social : l'encyclique *Rerum Novarum*. L'encyclique *Rerum Novarum* de 1891 marque le point de départ d'une réflexion ambitieuse de l'Église¹⁰⁹. Face aux nouvelles formes d'activités productives résultant de la révolution industrielle, le Pape Léon XIII entend traiter le sort de l'ouvrier¹¹⁰. Il s'agit de « *venir en aide aux hommes des classes inférieures, attendu qu'ils sont pour la plupart dans une situation d'infortune et de misère imméritées* »¹¹¹. L'encyclique

¹⁰⁷ G. LOISEAU, « Le comité social et économique », *Dr. soc.* 2017. 1044 : « *L'adaptabilité du droit de la représentation du personnel nouveau régime est ensuite fonctionnelle. Un large champ est ouvert à la négociation au sujet des consultations récurrentes et des consultations ponctuelles pour aménager, non pas l'objet de ces consultations, mais les modalités de leur réalisation* ».

¹⁰⁸ H. TISSANDIER, « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2015. 889 : « *par la détermination des modalités de fonctionnement du comité, l'accord collectif peut enrichir comme assécher le principe de la consultation* ».

¹⁰⁹ J.-M. LATTES, « L'encyclique *Rerum Novarum* et son influence sur la mise en place du droit du travail au XX^e siècle », in *Lourdes ou l'appel des pauvres. Symposium sur la doctrine sociale de l'Église*, Mame, 1991, p. 127.

¹¹⁰ J.-M. LATTES, « Doctrine sociale chrétienne et droit du travail : tradition et modernité », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 611.

¹¹¹ LÉON XIII, *Rerum Novarum. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Léon XIII*, 1891, § 2-1.

visé principalement la condition salariée dans ses rapports individuels avec l'employeur, mais le capital et le travail sont déjà présentés comme « complémentaires »¹¹². Se référant au Pape Grégoire I^{er}, l'encyclique *Rerum Novarum* invite à ce que celui qui dispose de l'art de gouverner « s'applique avec soin à en partager avec son frère et l'exercice et les bienfaits »¹¹³. Expression première du catholicisme social, l'encyclique *Rerum Novarum* donnera naissance à un courant doctrinal conséquent au sein de l'Église¹¹⁴. Ce courant ne cessera d'influencer le système de participation dans l'entreprise en droit français¹¹⁵.

15. *Quadragesimo Anno* et ses suites. L'encyclique *Quadragesimo Anno*, publiée en 1931 à l'occasion du quarantième anniversaire de l'encyclique *Rerum Novarum*, apporte des orientations nouvelles¹¹⁶. La participation est présentée comme un tempérament à la subordination du travailleur et est encouragée¹¹⁷. L'encyclique *Mater et Magistra* du Pape Jean XXIII, publiée en 1961, rappelle cette aspiration¹¹⁸ et la

¹¹² LÉON XIII, *Rerum Novarum. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Léon XIII*, 1891, § 15-2 : « dans la société, les deux classes sont destinées par la nature à s'unir harmonieusement et à se tenir mutuellement dans un parfait équilibre. Elles ont un impérieux besoin l'une de l'autre : il ne peut y avoir de capital sans travail, ni de travail sans capital. La concorde engendre l'ordre et la beauté. Au contraire, d'un conflit perpétuel il ne peut résulter que la confusion des luttes sauvages ».

¹¹³ LÉON XIII, *Rerum Novarum. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Léon XIII*, 1891, § 19-6.

¹¹⁴ J.-M. LATTES, « Doctrine sociale chrétienne et droit du travail : tradition et modernité », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 611 : « Loin de constituer un aboutissement, l'Encyclique *Rerum Novarum* apparaît comme le point de départ d'une réflexion sociale nouvelle de l'église de Rome en recherche permanente sur la manière d'organiser les relations sociales et leur mode d'évolution. Les souverains pontifes utilisent l'Encyclique comme le socle d'une réflexion dont l'enrichissement permanent constitue une impérieuse nécessité dans le contexte évolutif de notre histoire sociale ».

¹¹⁵ N. AUBERT, « La participation des travailleurs dans la doctrine sociale de l'Église », *Société, droit et religion* 2018, n° 8, p. 95 : « Les systèmes de participation sont le fruit de plusieurs influences. Mais une source d'inspiration majeure en France est l'enseignement social de l'Église depuis l'encyclique *Rerum Novarum* ».

¹¹⁶ J.-M. LATTES, « Doctrine sociale chrétienne et droit du travail : tradition et modernité », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 611.

¹¹⁷ PIE XI, *Quadragesimo Anno. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Pie XI*, 1931, § 72 : « Nous estimons cependant plus approprié aux conditions présentes de la vie sociale de tempérer quelque peu, dans la mesure du possible, le contrat de travail par des éléments empruntés au contrat de société. C'est ce que l'on a déjà commencé à faire sous des formes variées, non sans profit sensible pour les travailleurs, et pour les possesseurs du capital. Ainsi les ouvriers et employés ont été appelés à participer en quelque manière à la propriété de l'entreprise, à sa gestion ou aux profits qu'elle apporte ».

¹¹⁸ JEAN XXIII, *Mater et Magistra. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Jean XXIII*, 1961, § 32.

développe abondamment¹¹⁹. Sans remettre en cause le pouvoir décisionnel de l'employeur, les salariés sont invités à donner leur avis sur les décisions qui concernent leur affectation et l'organisation de leur travail¹²⁰. La Constitution pastorale *Gaudium et Spes* promulguée par le Concile Vatican II réaffirme cet attrait des travailleurs pour la participation¹²¹. Si l'unité de direction n'est pas contestée, *Gaudium et Spes* cherche à promouvoir « *la participation active de tous à la gestion des entreprises* »¹²². Les encycliques *Laborem Exercens* de 1981 et *Centesimus Annus* de 1991 confirment cette doctrine¹²³, à l'instar du *Compendium* de 2004¹²⁴. Depuis l'encyclique fondatrice,

¹¹⁹ JEAN XXIII, *Mater et Magistra*. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Jean XXIII, 1961, § 91 : « Comme Nos Prédécesseurs, Nous sommes persuadés de la légitimité de l'aspiration des travailleurs à prendre part à la vie de l'entreprise où ils sont employés. Il n'est pas possible, pensons-Nous, de déterminer en des règles précises et définies la nature et l'étendue de cette participation ; car elles dépendent de la situation des entreprises. Celle-ci est loin d'être identique pour toutes et, même à l'intérieur d'une seule entreprise, elle est souvent sujette à de brusques et profonds changements. Nous estimons cependant qu'on doit assurer aux travailleurs un rôle actif dans le fonctionnement de l'entreprise où ils sont employés, qu'elle soit privée ou publique. On doit tendre à faire de l'entreprise une véritable communauté humaine, qui marque profondément de son esprit les relations, les fonctions et les devoirs de chacun de ses membres ».

¹²⁰ JEAN XXIII, *Mater et Magistra*. Lettre encyclique de sa sainteté le Pape Jean XXIII, 1961, § 92 : « Sans doute, tout en veillant au respect de la dignité humaine, l'entreprise doit conserver l'unité de direction nécessaire à son bon fonctionnement ; mais il ne s'ensuit nullement que ceux qui jour après jour viennent y travailler doivent être traités comme de simples exécutants silencieux, sans possibilité de donner leur avis et de faire part de leur expérience, entièrement passifs vis-à-vis des décisions qui concernent leur affectation et l'organisation de leur travail ».

¹²¹ PAUL VI, *Gaudium et Spes*. Constitution pastorale sur l'Église dans le monde de ce temps, 1965, § 9-2 : « Les travailleurs, ouvriers et paysans, veulent non seulement gagner leur vie, mais développer leur personnalité par leur travail, mieux, participer à l'organisation de la vie économique, sociale, politique et culturelle ».

¹²² PAUL VI, *Gaudium et Spes*. Constitution pastorale sur l'Église dans le monde de ce temps, 1965, § 68-1 : « en prenant en considération les fonctions des uns et des autres, propriétaires, employeurs, cadres, ouvriers, et en sauvegardant la nécessaire unité de direction, il faut promouvoir, selon des modalités à déterminer au mieux, la participation active de tous à la gestion des entreprises » ; Adde PAUL VI, *Octogesima Adveniens*. Lettre apostolique de sa sainteté le Pape Paul VI, 1971, § 47 : « Dans *Mater et Magistra*, Jean XXIII soulignait combien l'accès aux responsabilités est une exigence fondamentale de la nature de l'homme, un exercice concret de sa liberté, une voie pour son développement, et il indiquait comment, dans la vie économique et en particulier dans l'entreprise, cette participation aux responsabilités devait être assurée ».

¹²³ JEAN-PAUL II, *Laborem Exercens*. Lettre encyclique du souverain pontife Jean-Paul II, 1981, § 14 ; JEAN-PAUL II, *Centesimus Annus*. Lettre encyclique du souverain pontife Jean-Paul II, 1991, § 43.

¹²⁴ JEAN-PAUL II, *Compendium de la doctrine sociale de l'Église*, 2004, § 281.

Rerum Novarum, l'espérance d'une participation des travailleurs dans l'entreprise tend à devenir réalité¹²⁵. Elle a contribué à la naissance d'un idéal démocratique¹²⁶.

II. L'idéal démocratique

16. Une diffusion à l'extérieur de l'entreprise. La démocratie politique est une « *force expansive* »¹²⁷ qui tend à essaimer son idéal à d'autres pans de la vie collective. À la Libération, l'idée d'une extension des vertus de la démocratie politique aux relations professionnelles émerge : c'est la démocratie sociale¹²⁸. La démocratie sociale devient un prolongement nécessaire à la démocratie politique¹²⁹. Elles constituent « *les deux faces du régime démocratique* »¹³⁰. Une définition homogène de la démocratie sociale reste toutefois introuvable¹³¹. Pour un auteur, elle correspond à l'extension des

¹²⁵ J.-M. LATTES, « L'encyclique *Rerum Novarum* et son influence sur la mise en place du droit du travail au XX^e siècle », in *Lourdes ou l'appel des pauvres. Symposium sur la doctrine sociale de l'Église*, Mame, 1991, p. 127 : « *il est aisé de constater que l'encyclique centenaire demeure un texte clé dans l'histoire juridique et morale française car, sur bien des points, l'espérance est aujourd'hui devenue réalité* ».

¹²⁶ A. SUPIOT, « À propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Église », *Dr. soc.* 1991. 916.

¹²⁷ G. VEDEL, « Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale », *Dr. soc.* 1947. 45.

¹²⁸ M. BRESSON, « La participation : un concept constamment réinventé », *Socio-logos* 2014, n° 9 : « *Dans les démocraties occidentales, au XX^e siècle, la participation prend la forme de l'aspiration à une "démocratie sociale" qui définit notamment les syndicats ouvriers, les organisations patronales et l'État comme partenaires sociaux, afin que tous les représentants des classes puissent être associés au pouvoir décisionnel dans le domaine des relations professionnelles* ».

¹²⁹ G. GOURGUES & K. YON, « Démocratie, le fond et la forme : une lecture "politique" des ordonnances Macron », *RDT* 2017. 625 : « *La démocratie sociale repose en effet sur l'idée que les principes de la démocratie politique doivent trouver leur application dans la sphère des relations de travail. Elle s'inscrit dans une longue tradition de pensée et d'action née avec la démocratie libérale et le capitalisme industriel et visant à doter les relations de travail d'une constitution politique afin de contrebalancer les "asymétries structurelles" induites par la séparation du capital et du travail* » ; L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de "démocratie sociale" », *Cah. soc.* 2017, n° 302, p. 39 : « *Le concept de démocratie sociale, considéré comme le pendant moderne de la démocratie politique et l'aboutissement des régimes modernes* ».

¹³⁰ I. GIRON & J.-P. MORELOU, « René Capitant 1901-1970 », *Espoir* 1981, n° 36, p. 69.

¹³¹ A. LAQUIÈZE, « La démocratie sociale à la française : quelle autonomie par rapport à la démocratie politique ? », *Cités* 2019, n° 77, p. 124 : « *La "démocratie sociale" est une expression largement utilisée dans le débat politique national, alors même qu'on serait bien en peine d'en trouver une définition précise et unanimement répandue, contrairement à la démocratie politique* » ; T. GOMBERT & al., *Fondements de la Démocratie sociale. Manuel de la démocratie sociale*, 2^e éd., Friedrich Ebert, 2009, p. 9 : « *La démocratie sociale n'est pas un concept sans équivoque : c'est un concept mouvant, et on lui attribue des représentations de valeurs bien diverses* ».

procédés démocratiques du domaine politique au plan économique et social¹³². La démocratie sociale met en place et définit une sphère de régulation du social entre le marché et l'État, confiée aux partenaires sociaux¹³³. Elle couvrirait le paritarisme¹³⁴ et la négociation collective¹³⁵. La concertation sociale au niveau national, telle qu'envisagée par l'article L. 1 du Code du travail, y renverrait également¹³⁶.

17. Une diffusion à l'intérieur de l'entreprise. Le législateur s'est aussi efforcé « *d'asseoir la démocratie* »¹³⁷ dans l'entreprise : de sociale, la démocratie est devenue industrielle, ou économique¹³⁸. Celle-ci vise à favoriser la participation dans l'entreprise, de manière directe, ou par le biais de représentants¹³⁹. Par cette extension de l'idéal démocratique, les salariés sont invités à « *participer à la vie de l'entreprise* »¹⁴⁰. La création du comité d'entreprise par l'ordonnance du 22 février 1945 s'inscrit directement dans cette logique¹⁴¹. Il s'agit « *d'instaurer une véritable démocratie économique et sociale* »¹⁴², dans la lignée du programme du Conseil

¹³² G. BURDEAU, *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, t. VII, 2^e éd., LGDJ, 1973, n° 171, p. 462.

¹³³ J. LE GARREC, *Rapport d'information sur la démocratie sociale*, Assemblée nationale, 2000, p. 4.

¹³⁴ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de "démocratie sociale" », *Cah. soc.* 2017, n° 302, p. 39.

¹³⁵ C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006, n° 493, p. 375 ; M.-L. MORIN, « Démocratie sociale ou démocratie politique ? La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 179.

¹³⁶ A. SUPLOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010. 525 ; P.-Y. VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010. 519.

¹³⁷ L. DAUXERRE, « Démocratie sociale », in B. TEYSSIÉ, *Notions et normes en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 260.

¹³⁸ G. GROUX, « La démocratie sociale. Ou l'autonomie revendiquée mais jamais assumée », *Cités* 2019, n° 77, p. 115, spéc. p. 116.

¹³⁹ O. GIRAUD, M. TALLARD & V. CATHERINE, « Processus d'institutionnalisation de la démocratie industrielle et crises sociales en France et en Allemagne à la fin des années 1960 », *Travail et Emploi* 2007, n° 111, p. 39 : « *La démocratie industrielle renvoie aux formes de la représentation des salariés dans l'entreprise, à leurs droits d'information, de protection, aux diverses formes d'association des salariés à la décision dans l'entreprise ou encore aux rapports avec les gestionnaires de l'entreprise* » ; P.-Y. VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010. 519.

¹⁴⁰ P.-Y. VERKINDT, « L'association des syndicats à l'élaboration de la loi », *Dr. soc.* 2015. 954.

¹⁴¹ P.-Y. VERKINDT, « Octobre 1946 : assurances sociales et médecine du travail au miroir de la démocratie sociale », *RDSS* 2014. 251 : « *Concrètement, les délégués du personnel et les comités d'entreprise, la négociation collective (notamment la négociation collective de branche) appartiennent au champ de la démocratie industrielle* ».

¹⁴² J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019, p. 346.

national de la Résistance du 15 mars 1944¹⁴³. L'exposé des motifs indique que « *par l'intermédiaire de ses représentants, le personnel pourra être étroitement associé à la marche générale de l'entreprise dans laquelle il travaille* »¹⁴⁴. L'acmé de cet idéal démocratique est atteint dans les années 1980, sous l'impulsion du ministre du Travail de l'époque, Jean Auroux¹⁴⁵. Le modèle de la démocratie politique tient lieu de « *référence et de source d'inspiration* »¹⁴⁶ à son action. Le citoyen politique est invité à devenir citoyen dans l'entreprise¹⁴⁷. Très critiques, certains auteurs ont dénoncé une « *confusion mentale* »¹⁴⁸, car l'entreprise ne peut pas être une démocratie¹⁴⁹. La transposition n'aurait « *aucun sens* »¹⁵⁰. Et pourtant, l'idéal démocratique de la

¹⁴³ J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019, p. 364 : « *Si le comité d'entreprise n'y figure pas en tant que tel, il apparaît néanmoins en creux dans ces résolutions, à travers les mentions relatives à la participation au pouvoir économique et social, comme l'une des déclinaisons naturelles du projet de démocratie sociale effective, à tous les niveaux* ».

¹⁴⁴ Exposé des motifs, Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954.

¹⁴⁵ J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La Documentation française, 1981.

¹⁴⁶ J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019, p. 533 : « *Tout donne à penser que dans cette opération de parachèvement du processus engagé en 1945, le modèle de la démocratie politique tient lieu, mutatis mutandis, de référence et de source d'inspiration. Telle est l'une des interprétations possibles de l'assertion inaugurale : "Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise"* ».

¹⁴⁷ A. SUPIOT, « Autopsie du "citoyen dans l'entreprise" : le rapport Auroux sur les droits des travailleurs », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 265.

¹⁴⁸ G. LYON-CAEN, « À la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail (réalités et illusions) », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 81 : « *L'entreprise est un lieu de travail. Qu'on puisse parler de "citoyenneté" dans l'entreprise, d' "espace de liberté" dans l'entreprise - relève de la confusion mentale. (...) C'est vraiment ignorer ce qu'est la démocratie. Il y a tromperie : l'entreprise n'a jamais eu la prétention d'être une société démocratique. Sa loi est le profit* ».

¹⁴⁹ B. COLLOMB, *La démocratie dans l'entreprise*, Académie des sciences morales et politiques, Séance du 8 févr. 2010 : « *L'entreprise ne me semble pas être, ni vis-à-vis de ses salariés, ni même de ses actionnaires, un champ propice au développement d'une véritable démocratie* » ; A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT & A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998. 359 : « *Le personnel n'a pas vocation, dans notre système économique, à être souverain dans l'entreprise* » ; B. GAURIAU, « Les transformations du droit syndical », *JCP S* 2015. 1239 : « *L'entreprise n'est pas une démocratie, ce qui est heureux, sans quoi elle serait proprement ingouvernable* ».

¹⁵⁰ R. VATINET, « L'expression des salariés », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 395 : « *Le rapport Auroux allait jusqu'à comparer l'entreprise à la société politique en utilisant les expressions de "démocratie directe" et de "citoyenneté du salarié dans l'entreprise". Ces termes, transposés à l'entreprise, n'ont évidemment aucun sens. Il ne saurait être ici question de démocratie, pas plus directe qu'indirecte, puisque celle-ci permet au citoyen d'exercer la souveraineté : le peuple a le pouvoir d'adopter lui-même certaines décisions (démocratie directe) ou de choisir les gouvernants qui les adopteront (démocratie représentative). Rien de tel dans l'entreprise où l'expression des salariés, quelle qu'en soit la forme, n'est assortie d'aucun pouvoir de décision* ».

participation dans l'entreprise ne s'est pas encore essoufflé¹⁵¹. Il a grandement inspiré les sources de la participation du comité social et économique¹⁵².

§2. Les sources

18. Les sources de la participation du comité social et économique sont nombreuses et s'ordonnent aussi bien en droit européen et international (I) qu'en droit français (II).

I. Le droit européen et international

19. **La participation aux décisions en droit européen.** Tributaire du sens qui lui est alloué¹⁵³, la portée de la participation aux décisions varie selon la norme étudiée¹⁵⁴. Les normes générales du droit européen évoquent l'information et la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise à travers leurs représentants, mais n'emploient guère le concept de participation¹⁵⁵. Les normes spéciales du droit européen placent la participation aux côtés de l'information et de la consultation des travailleurs, sous

¹⁵¹ E. DURLACH, F. LELLOUCHE & M. LÉON, « Repenser l'entreprise », *RDT* 2018. 21 : « *La démocratisation de l'entreprise est aujourd'hui une exigence plus que jamais d'actualité tant l'attente des salariés d'être davantage associés aux décisions qui les concernent est forte* » ; Comp. A. JEAMMAUD, « Un débat difficile et nécessaire », *SSL* 2015, n° 1680, p. 11.

¹⁵² J. RIVERO & G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la constitution : le préambule », in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO & G. VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. 1, LGDJ, 1980, p. 93, spéc. p. 129 ; I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT & W. WARNECK, *L'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. Transposition de la Directive 2002/14/CE*, Rapport, Bruxelles, ETUI-REHS, 2006, p. 10 : « *la directive 2002/14/CE offre un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans l'Union européenne, faisant entrer la démocratie dans les entreprises en Europe et consacre par la même le modèle continental de la représentation des travailleurs* » (nous soulignons).

¹⁵³ I. ODOUL-ASOREY, « Syndicats et gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 2020. 125.

¹⁵⁴ M. KOEHL, « La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion », *RDT* 2020. 237.

¹⁵⁵ Charte sociale européenne révisée, 1996, art. 21 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, art. 27.

l'égide de la notion d'*implication* des travailleurs¹⁵⁶. La participation renvoie à l'influence exercée par les représentants des salariés dans les organes sociaux¹⁵⁷. L'implication des travailleurs en droit européen couvre donc l'information, la consultation et la participation¹⁵⁸.

20. La participation aux décisions en droit international. Le droit international du travail diffère dans son approche de la notion de participation aux décisions. Contrairement aux recommandations, les conventions de l'Organisation internationale du travail n'évoquent pas la participation des travailleurs aux décisions, sauf de manière sous-jacente¹⁵⁹. La recommandation n° 94 a d'abord consacré l'information et la consultation des travailleurs de manière distincte de la négociation collective¹⁶⁰. La recommandation n° 129 a rompu avec cette appréhension de la participation. Elle a promu une vision plus globale, la participation des travailleurs aux décisions de l'entreprise pouvant couvrir les dispositifs d'information, de consultation et de négociation collective¹⁶¹. Les normes internationales consacrent aujourd'hui la participation aux décisions comme comprenant la négociation collective¹⁶², ce qui est aussi le cas du droit constitutionnel français.

¹⁵⁶ Dir. 98/59/CE du Conseil du 20 juill. 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, consid. 17, *JOUE* n° L. 225, 12 août 1998, p. 0016 ; Dir. 2001/23/CE du Conseil du 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, consid. 5, *JOUE* n° 082, 22 mars 2001, p. 0016 ; Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 9, § 3, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029 ; *Adde* Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 1989, art. 17.

¹⁵⁷ Dir. 2001/86/CE du Conseil du 8 oct. 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, art. 2, k), *JOUE* n° L. 294, 10 nov. 2001, p. 0022.

¹⁵⁸ C. trav., art. L. 2351-3 et s.

¹⁵⁹ J. DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 154, p. 71.

¹⁶⁰ Recommandation n° 94 concernant la collaboration sur le plan de l'entreprise, 1952.

¹⁶¹ Recommandation n° 129 sur les communications dans l'entreprise, 1967.

¹⁶² G. ARRIGO & C. CASALE, *A comparative overview of terms and notions on employee participation*, ILO, Geneva, 2010 (trad. fr. T. BALLE & N. CASALE, *Une analyse comparative sur la notion de participation des travailleurs*, OIT, Genève, 2010, p. 17 : « Les différentes normes internationales font référence à la "participation des travailleurs" en tant que notion comprenant la négociation collective »).

II. Le droit français

21. Naissance de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Faisant suite à de nombreux projets sous l'Occupation¹⁶³, une Commission d'études de la réforme de la Constitution est créée en 1944¹⁶⁴. Ses travaux concluent à la nécessité d'adjoindre au texte constitutionnel en gestation une déclaration de droits économiques et sociaux non prévus en 1789¹⁶⁵. Parmi ces droits, « *la participation ouvrière à la gestion de la vie économique* »¹⁶⁶. La Constitution du 27 octobre 1946 s'inspire directement de ce projet, puisqu'y figure un Préambule proclamant « *comme particulièrement nécessaires à notre temps* »¹⁶⁷, certains principes politiques, économiques et sociaux¹⁶⁸. L'objectif est de « *compléter et vivifier les principes traditionnels de la démocratie politique* »¹⁶⁹. Ces nouveaux principes ne sont pas inhérents à la personne humaine, mais sont liés à un moment de l'évolution technique, économique et sociale¹⁷⁰. C'est pourquoi, le constituant a fait œuvre de compromis,

¹⁶³ V. BERNAUD, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015. 960 : « Pendant la Seconde Guerre mondiale les projets de Constitution de la Résistance font déjà leur la nécessité de protéger les travailleurs, ainsi que de reconnaître la notion de participation. La négation par le régime de Vichy des principes de 1789 et des nouvelles libertés publiques proclamées sous la III^{ème} République, dont la liberté syndicale, constitue à n'en pas douter l'une des raisons de la mention d'une déclaration de droits dans certains projets constitutionnels rédigés sous l'Occupation. Ainsi, dès le début des années 40, la modification de l'ordre économique apparaît comme une nécessité dans plusieurs projets, laquelle semble entre autres pouvoir provenir de la garantie d'une participation des travailleurs ».

¹⁶⁴ Arr. intercommissarial du 31 janv. 1944 portant création d'une commission d'études relatives à la réforme de la Constitution.

¹⁶⁵ V. BERNAUD, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015. 960.

¹⁶⁶ J.-E. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, La Documentation Française, 1998, p. 210.

¹⁶⁷ Constitution du 27 oct. 1946, Préambule, al. 2.

¹⁶⁸ J. RIVERO & G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la constitution : le préambule », in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO & G. VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. 1, LGDJ, 1980, p. 93, spéc. p. 129.

¹⁶⁹ X. PRÉTOT, « Le conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », obs. ss. Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, *Dr. soc.* 1994. 139.

¹⁷⁰ J. RIVERO & G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la constitution : le préambule », in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO & G. VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. 1, LGDJ, 1980, p. 93, spéc. p. 116.

s'agissant notamment du principe de participation¹⁷¹. Celui-ci est consacré à l'alinéa 8 du Préambule : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »¹⁷².

22. Juridicité et rayonnement du principe de participation. La portée normative du texte a d'abord été discutée¹⁷³. Selon un auteur, il « *éveille des espérances, mais ne contient aucune réalité* »¹⁷⁴. L'alinéa 8 était qualifié de « *programmatoire* »¹⁷⁵. Il était destiné à éclairer l'action du seul législateur¹⁷⁶. La réalité du principe de participation a longtemps été entièrement dépendante de son action¹⁷⁷. Le Conseil d'État l'avait considéré comme un simple objectif, et non comme une règle de droit susceptible

¹⁷¹ V. BERNAUD, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015. 960 : « *moins qu'un principe révolutionnaire nécessitant une réorganisation totale des entreprises et du système économique, c'est une formule de compromis qui est retenue. La possibilité pour les travailleurs de participer à la direction des entreprises est abandonnée, tout comme le sont les amendements tendant à canaliser le principe proclamé. Sa formulation volontairement générale indique la volonté des constituants de fixer une avancée pour les travailleurs, sans pour autant lier le législateur. Résultat timide d'une lutte de tendances, la "démocratie représentative" finalement consacrée ne fait du travailleur un "citoyen de l'entreprise" qu'avec une certaine réticence, loin du grand dessein initial* ».

¹⁷² Constitution du 27 oct. 1946, Préambule, al. 8.

¹⁷³ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 24 : « *tout travailleur participe à la gestion des entreprises : mais qu'est-ce que "participer" et comment cette participation sera-t-elle organisée ?* » ; V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 139, p. 72 et s. ; I. ODOUL-ASOREY, « Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel », *Dr. ouvr.* 2016. 426 : « *Il est vrai que la généralité des termes de l'énoncé de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 ne facilite guère la détermination de sa signification normative* ».

¹⁷⁴ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, p. 309 ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 114, p. 287 : « *Le préambule déclare que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises". Déclaration théorique, ou peut-être hypocrite, car l'entreprise n'existe pas juridiquement et que nul ne sait ce que peut être une participation à la gestion* ».

¹⁷⁵ J.-F. FLAUSS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1982. 645.

¹⁷⁶ L. HAMON, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1980. 431 : « *on a pu dire des déclarations de droits qu'elles constituaient davantage des programmes que des procédures, programmes et impératifs dont elles énoncent les exigences en se référant à ce que nous avons pu appeler des "notions vagues", c'est-à-dire des termes qui n'ont pas la précision d'une décision instrumentale* » ; V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 132, p. 69 : « *Sa formulation volontairement générale indique la volonté des constituants de fixer une avancée pour les travailleurs, sans pour autant lier le législateur* ».

¹⁷⁷ A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 618.

d'application immédiate¹⁷⁸. Cette position est désormais « dépassée »¹⁷⁹, le Conseil constitutionnel ayant reconnu la juridicité et la valeur constitutionnelle du principe de participation au titre de son contrôle de constitutionnalité des lois¹⁸⁰. Il figure aujourd'hui parmi les droits fondamentaux des salariés¹⁸¹. Tant le Conseil d'État¹⁸², que la Cour de cassation¹⁸³, ont consacré le principe de participation des travailleurs dans leur jurisprudence¹⁸⁴.

23. Détermination collective des conditions de travail et gestion des entreprises.

La doctrine s'accorde à voir dans l'alinéa 8 du Préambule de 1946 deux principes distincts¹⁸⁵ : la détermination collective des conditions de travail et la gestion des entreprises¹⁸⁶. La participation à la détermination collective des conditions de travail

¹⁷⁸ CE, 28 juin 1974, n° 87782, *Rec. Lebon* ; *RDSS* 1974. 699, concl. M. Bertrand ; CE, 15 déc. 1978, n° 05242, *Rec. Lebon* ; *D.* 1979. 327, concl. R. Latournerie.

¹⁷⁹ G. LYON-CAEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.* 1989. 289.

¹⁸⁰ Cons. const., 5 juill. 1977, n° 77-79 DC, *Rec. Cons. const.* 1977. 35 ; *D.* 1979. 41, obs. L. Hamon ; *JCP G* 1979. 19186, note M. Debène ; *RDP* 1978. 825, note L. Favoreu.

¹⁸¹ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Rec. Cons. const.* 1998. 258 ; *AJDA* 1998. 495 ; *RTD civ.* 1998. 796, obs. N. Molfessis ; *RJS* 1998. 601 ; *LPA* 1998, n° 144, p. 18, note B. Mathieu & M. Verpeaux ; *D.* 2000. 60, obs. L. Favoreu.

¹⁸² CE, 19 oct. 2005, n° 283892, *Rec. Lebon* ; *RJS* 2005. 1240 ; *D.* 2005. 2631 ; *AJDA* 2005. 1980 ; *JCP S* 2005. 1321, concl. C. Devys.

¹⁸³ Cass. soc., 17 sept. 2003, n° 01-10.706, *Bull. civ. V*, n° 240 ; *D.* 2004. 388, obs. I. Odoul-Asorey ; *RJS* 2003. 1297 ; *Gaz. pal.* 2003, n° 319, p. 17 ; *LPA* 2003, n° 229, p. 13 ; *JCP G* 2003. 2751 ; *JCP E* 2003. 1497 ; *SSL* 2003, n° 1137, p. 14 ; Cass. 2° civ., 13 déc. 2007, n° 06-21.649, *Bull. civ. II*, n° 264 ; *Gaz. pal.* 2008, n° 54, p. 14, note P. Coursier ; *D.* 2008. 164 ; *JCP S* 2008. 1258, note G. Vachet ; *JCP E* 2008. 1183 ; *JCP G* 2008. 1124.

¹⁸⁴ I. ODOUL-ASOREY, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », *Dr. soc.* 2014. 356.

¹⁸⁵ J. DANIEL, *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation. Les principes constitutionnels et le droit du travail*, Thèse, Paris II, 2000, p. 88 ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 3, p. 10.

¹⁸⁶ J.-Y. CHÉROT, « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gaz. pal.* 1994. 837 : « Le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et le principe de participation des travailleurs à la gestion des entreprises sont deux principes distincts et d'ailleurs distingués dans le texte du préambule ».

recouvre la négociation collective¹⁸⁷. La participation à la gestion des entreprises renvoie davantage à l'expression des intérêts des salariés dans le processus décisionnel de l'employeur¹⁸⁸. Établir des « cloisons étanches »¹⁸⁹ entre ces deux catégories de participation est toutefois délicat¹⁹⁰. Leur perméabilité a conduit le Conseil constitutionnel à placer la participation du comité social et économique sous l'égide de l'intégralité de l'alinéa 8¹⁹¹, sans distinction¹⁹². Les dispositions législatives relatives à la négociation collective et à l'information-consultation du comité social et

¹⁸⁷ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 67, p. 79 ; V. BERNAUD, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015. 960 : « Les débats montrent que la première partie de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 a in fine bel et bien trait aux conventions collectives de travail. Cet alinéa consacre l'existence des conventions collectives telles qu'elles résultaient des lois du 25 mars 1919 et du 14 juin 1936 » ; V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 131, p. 68 : « La participation à la détermination collective des conditions de travail n'a pas suscité de réflexions particulières. Si sa filiation avec la législation antérieure n'apparaît qu'en filigrane, il ne fait cependant aucun doute que les constituants ont, dans la première partie du huitième alinéa, tenu à consacrer les conventions collectives » ; I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 62, p. 25 : « Premier volet de l'alinéa 8 du Préambule de 1946, la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail renvoie de manière privilégiée à la négociation collective ».

¹⁸⁸ M.-L. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 643 : « Le terme "participe" englobe toute forme de détermination collective des règles et de participation à la gestion. Il vise donc aussi bien des procédures de négociation d'accord collectif avec les syndicats, que des procédures de consultation avec des organes de représentations élues qui laissent entier le pouvoir de décision unilatéral du chef d'entreprise » ; M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 67, p. 79.

¹⁸⁹ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 67, p. 80 : « il reste évidemment que le pouvoir de décision du chef d'entreprise contribue lui aussi à la définition des conditions de travail, si bien qu'il est difficile d'établir des cloisons étanches entre les deux catégories de participation ».

¹⁹⁰ J. DANIEL, « Alinéa 8 », in G. CONAC, X. PRÉTOT & G. TEBOUL, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 179, spéc. p. 211.

¹⁹¹ V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 275, p. 129 : « En réalité, le juge constitutionnel distingue avec difficulté la participation à la gestion de la participation à la détermination collective des conditions de travail, tant il est vrai que l'une et l'autre sont liées ».

¹⁹² V. BERNAUD, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015. 960 : « À strictement parler, tout ce qui concerne le comité d'entreprise relève de la participation à la gestion. Mais, depuis 1982, l'idée d'un comité d'entreprise limitativement cantonné à la gestion de l'entreprise a évolué pour en faire aussi un organe concerné par les conditions de travail des salariés. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a placé la procédure d'information et de consultation sous l'égide de l'intégralité de l'alinéa 8 ».

économique y ont été rattachées¹⁹³. Les moyens reconnus à la représentation du personnel qui sont nécessaires à l'exercice de sa participation sont aussi protégés¹⁹⁴, à l'image du statut protecteur qui garantit son indépendance à l'égard de l'employeur¹⁹⁵. Si l'alinéa 8 du Préambule recouvre, en matière de participation aux décisions, l'information, la consultation et la négociation collective, le texte n'impose pas, selon le Conseil constitutionnel, la présence de représentants des salariés « *au sein des organes de direction de l'entreprise* »¹⁹⁶, même s'il ne l'interdit pas¹⁹⁷. La potentialité normative du texte n'ayant pas encore été épuisée¹⁹⁸, le renforcement de la participation du comité social et économique dans les organes sociaux n'est pas à exclure définitivement¹⁹⁹.

¹⁹³ Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, *Rec. Cons. const.* 2006. 138 ; *RDT* 2007. 84, obs. A. Lyon-Caen ; *LPA* 2007, n° 45, p. 37, note J.-E. Schoettl ; *RFDC* 2007. 766, obs. A. Mangiavillano ; *JCP E* 2007. 8 ; Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-555 DC, *D.* 2008. 2025, obs. V. Bernaud & L. Gay ; *RJS* 2007. 1153 ; *LPA* 2008, n° 75, p. 5 ; *RFDC* 2008. 99, obs. A. Mangiavillano ; Cons. const., 13 juill. 2018, n° 2018-720 QPC, consid. 8, *Constitutions* 2018. 407, note F. Petit ; *LPA* 2019, n° 157, p. 10 ; *D.* 2018. 1498 ; Cons. const., 26 juill. 2013, n° 2013-333 QPC, *RJS* 2013. 679 ; *D.* 2013. 1894 ; *Rev. soc.* 2014. 112, note F. Petit ; *JCP E* 2013. 588 ; *BJS* 2013, n° 11, p. 721, note M. Roussille ; *RJDA* 2013. 912 ; *SSL* 2013, n° 1606, p. 9.

¹⁹⁴ Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, *Rec. Cons. const.* 1993. 593 ; *RJS* 1994. 269 ; *JCP E* 1994. III. 66546 ; *Dr. soc.* 1994. 139, obs. X. Prétot.

¹⁹⁵ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, *Rec. Cons. const.* 1996. 128 ; *D.* 1997. 152, chron. B. Mathieu ; *D.* 1998. 152, obs. J. Trémeau ; *Dr. soc.* 1997. 25, obs. M.-L. Morin ; *RTD civ.* 1997. 785, obs. R. Libchaber ; *JCP E* 1996. III. 68213 ; *RJS* 1996. 1296 ; *RDP* 1997. 13, chron. D. Rousseau ; *TPS* 1997. 1, chron. X. Prétot ; *Dr. ouvr.* 1996. 479, note G. Lyon-Caen.

¹⁹⁶ Cons. const., 26 juill. 2013, n° 2013-333 QPC, *RJS* 2013. 679 ; *D.* 2013. 1894 ; *Rev. soc.* 2014. 112, note F. Petit ; *JCP E* 2013. 588 ; *BJS* 2013, n° 11, p. 721, note M. Roussille ; *RJDA* 2013. 912 ; *SSL* 2013, n° 1606, p. 9.

¹⁹⁷ Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. 18, *Rec. Cons. const.* 2002. 49 ; *LPA* 2002, n° 15, p. 3 ; *Dr. ouvr.* 2002. 44, note F. Saramito ; *Dr. soc.* 2002. 244, obs. X. Prétot ; *RFDC* 2002. 439 ; *D.* 2002. 1439, obs. B. Mathieu ; *SSL* 2002, n° 1058, p. 5 ; *JCP E* 2003. 558, note J. Raynaud ; *JCP G* 2002. 1096, note F. Claude ; *RJDA* 2002. 366 ; *RJS* 2002. 275.

¹⁹⁸ I. ODOUL-ASOREY, « Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel », *Dr. ouvr.* 2016. 426 : « *Les applications par le Conseil constitutionnel de ce principe n'ont pas été si nombreuses à ce jour, et ses décisions n'ont pas encore épuisé, loin s'en faut, la potentialité normative de ce principe à l'adresse du législateur* ».

¹⁹⁹ G. LYON-CAEN, « À la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail (réalités et illusions) », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 81 : « *Le texte dit même participation "à la gestion des entreprises". Prise au pied de la lettre, la formule s'apparente de près à la cogestion* ».

Section 3. Les décisions économiques de l'entreprise

24. Les décisions soumises à la participation du comité social et économique sont variées. Seules les décisions de nature économique seront étudiées, dès lors qu'elles sont le fruit du processus décisionnel de l'entreprise (§1). Leur captation par le comité social et économique est réalisée au travers de l'information-consultation et de la négociation (§2).

§1. La délimitation

25. Les décisions économiques. Du latin *decidere*, décider signifie couper, trancher²⁰⁰. Au sens commun, la décision désigne tant l'action de décider après délibération individuelle ou collective²⁰¹, que le résultat de cette action²⁰². Le sens juridique de la décision est en tout point similaire²⁰³. La décision peut être le résultat d'un processus unilatéral ou négocié²⁰⁴, indifféremment de sa résorption dans un acte juridique²⁰⁵. Identifier la nature économique de la décision est plus délicat, car les sens du terme *économie*, auquel celui d'*économique* renvoie, sont variés²⁰⁶. L'économie peut renvoyer à l'ensemble des activités d'une collectivité humaine relatives à la production, à la distribution et à la consommation des richesses²⁰⁷, mais aussi à une gestion

²⁰⁰ A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, Le Robert, 2006, p. 1008, v° *Décider*.

²⁰¹ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Décision* : « Action de décider après délibération ; acte par lequel une autorité prend parti après examen » ; TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Décision* : « Action de décider quelque chose ou de se décider, après délibération individuelle ou collective ».

²⁰² TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Décision*.

²⁰³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Décision* : « Action de décider (pour une autorité ou un particulier), de prendre un parti (en général après une délibération) ; par extension, soit le parti adopté, la décision prise (...), soit l'acte qui la contient ».

²⁰⁴ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 255, p. 172 : « À cet égard, le droit du travail offre sans doute un terrain privilégié pour reconsidérer la décision comme un acte de volonté de pouvoir, ne se coulant pas nécessairement dans un acte juridique, et qui, pour autant, n'est pas dénué de conséquences et appelle l'encadrement ».

²⁰⁵ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 255, p. 173.

²⁰⁶ A. LYON-CAEN, « À propos de l'adjectif "économique" dans la langue du droit », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 137.

²⁰⁷ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Économie*.

minutieuse afin de réduire ses dépenses²⁰⁸. Les dictionnaires et lexiques juridiques n'éclairent pas davantage²⁰⁹. Distinguer la décision économique en opposition à la décision sociale est aussi critiquable, en raison de l'interpénétration des deux qualificatifs²¹⁰. Les décisions sociales ont des répercussions économiques²¹¹. Les décisions économiques ont des incidences sociales²¹², immédiatement ou à terme²¹³. Adopter le prisme du comité social et économique permet de résoudre cet écueil définitionnel.

26. Les attributions économiques. De longue date, les auteurs ont tenté de systématiser les attributions du comité d'entreprise, devenu comité social et économique. Trois types d'attributions ont été recensés : les attributions sociales, les attributions économiques, et les attributions professionnelles²¹⁴. Les dernières ont aussi été qualifiées d' « *attributions relatives aux problèmes de personnel* »²¹⁵. Aujourd'hui,

²⁰⁸ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Économie*.

²⁰⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Économie*.

²¹⁰ E. ALFANDARI, « Le droit au sein des rapports entre l' "économique" et le "social" », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 31 ; C. FREYRIA, « Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 209 ; G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 ; P. LAROQUE, « La charte du travail », *JCP* 1941. I. 234 : « *problèmes économiques et problèmes sociaux ne sont pas et ne peuvent pas être distincts : ils ne sont que des aspects différents de problèmes uniques* » ; J.-P. LE CROM, « Comités d'organisation et comités sociaux ou l'introuvable interpénétration de l'économique et du social », in H. JOLY, *Les comités d'organisation et l'économie dirigée du régime de Vichy*, Centre de recherche d'histoire quantitative, Caen, 2004, p. 253 ; N. CATALA, *Traité de droit du travail. L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, n° 437, p. 475.

²¹¹ *Rappr.* M. BONNECHÈRE, « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvr.* 1988. 171 : « *on ne saurait oublier qu'au cœur du système économique se situent des rapports sociaux : ceux qui permettent la production et les échanges, et toute priorité économique peut être lue comme un choix social, de même que les "mesures sociales" ont leur signification économique* » ; J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019, p. 351 : « *penser économique c'est aussi, et nécessairement, penser social* ».

²¹² Cass. crim., 29 mars 1973, n° 72-90.784, *Bull. crim.*, n° 162 ; *D.* 1973. 115.

²¹³ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *la finalité sociale ne peut certainement pas être retenue pour restriction valable des pouvoirs du comité d'entreprise, tant il est d'évidence que les deux notions économique et sociale sont étroitement confondues ; il est à se demander si la moindre opération de quelque envergure n'aura pas nécessairement les incidences sociales visées par la loi, sinon sous la forme actuelle, du moins sous une forme potentielle à plus ou moins lointaine échéance* » ; Adde P. TAINURIER, P. THOBOIS & R. BOURGUIGNON, *Les institutions représentatives du personnel face aux questions économiques*, Rapport, IRES, 2020, p. 9.

²¹⁴ J.-P. DUPRILOT & P. FIESCHI-VIVET, *Les comités d'entreprise*, 1^e éd., PUF, coll. Que sais-je ?, 1982, p. 128 ; F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 422, p. 369 et s.

²¹⁵ P. SUET, *Comités d'entreprise, délégués du personnel et délégués syndicaux*, 3^e éd., Librairies Techniques, 1970, p. 36 et s.

il est d'usage de distinguer entre les attributions sociales, les attributions économiques²¹⁶, et les attributions en matière de santé et de sécurité au travail²¹⁷. C'est pourquoi, la décision économique sera ici identifiée comme la décision de l'employeur qui déclenche la participation du comité social et économique au titre de ses attributions économiques, telles qu'identifiées par la loi²¹⁸ et la jurisprudence²¹⁹. Celles-ci n'ayant pas radicalement changé lors du passage du comité d'entreprise au comité social et économique²²⁰, les deux dénominations du comité seront utilisées indifféremment²²¹. Ne seront pas abordées les attributions sociales du comité social et économique - au sens de la gestion des activités sociales et culturelles²²² -, ni ses attributions relatives à la santé et la sécurité des salariés²²³.

27. Les décisions économiques de l'entreprise. Les décisions économiques seront localisées, dans cette étude, au niveau de l'entreprise. Dépourvue de la personnalité morale²²⁴, l'entreprise ne peut prendre de décision qu'au travers de son représentant, le chef d'entreprise²²⁵. Il est génériquement qualifié d'employeur²²⁶, et dispose du pouvoir de gestion et de décision²²⁷. Le droit du travail s'intéresse principalement à l'entreprise,

²¹⁶ C. ACQUIER, « Les attributions économiques du comité social et économique », *RPDS* 2018. 309.

²¹⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1235, p. 1621 et s.

²¹⁸ V. not. C. trav., art. L. 2312-8 et s.

²¹⁹ V. not. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *Bull. civ.* V, n° 375 ; *D.* 1998. 245, obs. A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1998. 87, obs. M. Cohen ; *RJS* 1997. 1391 ; *TPS* 1997. 324, note X. Prétot ; *Dr. ouvr.* 1998. 49, concl. Y. Chauvy ; *BJS* 1998, n° 3, p. 245, note A. Arséguet ; *JCP G* 1997. 2524 ; *RDSS* 1998. 341, obs. P.-Y. Verkindt ; Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-22.362, *RJS* 2017. 272 ; *SSL* 2017, n° 1758, p. 15.

²²⁰ J.-Y. KERBOURC'H, « La refonte des institutions représentatives du personnel », *JCP S* 2017. 1313.

²²¹ A. COEURET, « La mise en place négociée du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 378 : « si l'on considère les attributions du comité d'entreprise, rien d'essentiel n'a bougé dans la mécanique complexe par laquelle prenait vie jusqu'à présent en son sein cette concertation approfondie sur les projets de décision relatifs à la gestion économique et sociale de l'entreprise ».

²²² C. trav., art. L. 2312-78 et s.

²²³ B. TEYSSIÉ, « Santé et sécurité dans le droit du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1001 ; J. BOUTON, « Le comité social et économique et la santé au travail », *Dr. ouvr.* 2019. 453 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1156, p. 849 et s.

²²⁴ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, Thèse, Paris II, 2018, n° 139, p. 189.

²²⁵ L. ROZÈS, *Répertoire de droit du travail. Entreprise*, Dalloz, 1991, n° 38.

²²⁶ L. ROZÈS, *Répertoire de droit du travail. Entreprise*, Dalloz, 1991, n° 27.

²²⁷ I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey, 1979, n° 354, p. 243 et s.

au mépris de la société et de son droit²²⁸. C'est pourtant dans la société que se concentre le pouvoir décisionnel auquel les salariés sont appelés à participer au travers du comité social et économique²²⁹. Faire fi de la réalité sociétariaire est hasardeux²³⁰. La société confère au chef d'entreprise son pouvoir décisionnel²³¹. Néanmoins, en tant qu'elle constitue une logique différente de la participation dans l'entreprise²³², la participation du comité social et économique dans les organes sociaux sera écartée de cette étude²³³.

²²⁸ G. AUZERO, « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.* 2019. 485 ; Adde G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, p. 123 : « *Quand on étudie le problème de l'administration des sociétés on tombe dans une confusion constante entre la société et l'entreprise : dans l'entreprise, il faut tenir compte des droits du travail et de la nature de l'exploitation ; dans le droit des sociétés, il ne s'agit que du capital ; le travail n'a aucune place dans leur gestion ; l'objet de l'entreprise ne modifie pas les règles de gestion* ».

²²⁹ G. AUZERO, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.* 2013. 740 : « *À s'en tenir aux seules entreprises exploitées sous la forme sociétariaire, la participation des salariés à leur gestion ne peut faire l'économie de la distinction entre la société et l'entreprise. La décision, à laquelle le texte constitutionnel [alinéa 8 du Préambule de 1946] entend associer les salariés, est la manifestation d'un pouvoir. Ce pouvoir, dont la société personne morale est fondamentalement titulaire, est exercé par ses organes sociaux. En d'autres termes, la source de ce pouvoir est à situer dans la société et non dans l'entreprise, objet de ce pouvoir. Par voie de conséquence, il est vain de prétendre associer les salariés aux décisions intéressant l'entreprise, sans leur permettre de pénétrer la société et, plus précisément, ses organes sociaux* ».

²³⁰ J.-M. MOULIN, « La participation des salariés à la gestion de la société (le comité d'entreprise actionnaire) », *BJS* 2002, n^o 5, p. 571 : « *En effet, alors qu'au plan économique, l'entreprise est effectivement le lieu où se combinent les différents facteurs de production au nombre desquels figurent en premières places le capital et le travail, c'est au niveau de la société où se retrouvent les seuls financiers, que se concentre le pouvoir de gestion sur l'entreprise. Autrement dit, en droit, le pouvoir de décision ne s'exerce pas au sein de l'institution où il y a effectivement combinaison des différents facteurs générateurs de richesses. Le centre de gravité du pouvoir est excentré par rapport à l'objet du pouvoir. Aussi, il existe entre l'entreprise et la société une frontière qui, si elle n'est pas totalement hermétique, demeure toutefois extrêmement difficile à franchir* ».

²³¹ G. AUZERO, « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.* 2019. 485 : « *Il faut pourtant se souvenir que parce qu'il n'est qu'un représentant, le chef d'entreprise exerce, par définition, des pouvoirs qui lui ont été conférés. Pour le dire autrement et plus précisément, c'est de la personne morale que le représentant reçoit le pouvoir de faire quelque chose pour son compte et en son nom. Dès lors, comment le droit du travail, qui entend se saisir du pouvoir exercé en direction de l'entreprise et des salariés, pourrait-il se désintéresser de la personne morale qui en est titulaire et, par voie de conséquence, de la branche du droit qui l'organise ?* ».

²³² G. AUZERO, « Le système de participation des travailleurs dans l'entreprise privée en France », *RDCTSS* 2018. 118 ; G. AUZERO, « La représentation des salariés dans les organes sociaux », *Dr. soc.* 2019. 42 ; M. KOEHL, « La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion », *RDT* 2020. 237.

²³³ C. trav., art. L. 2312-72 et s.

§2. La captation

28. Information, consultation et négociation. La participation du comité social et économique aux décisions économiques de l'entreprise recouvre deux expressions : l'information-consultation et la négociation. Elles ne sont pas de même nature, et ne répondent pas au même régime²³⁴. C'est pourquoi, elles doivent être distinguées.

29. La participation stabilisée au travers de l'information-consultation. L'information-consultation du comité social et économique est la plus ancienne, car elle remonte aux origines de sa création. Par une sédimentation progressive des textes, le législateur a consacré l'information-consultation du comité social et économique comme sa forme de participation principale. L'information-consultation du comité social et économique consiste, pour l'employeur, à solliciter son avis, après l'avoir informé, préalablement à l'adoption d'une décision intéressant ses attributions économiques. Dans la mesure où cet avis ne lie pas l'employeur chargé de le solliciter, la participation au travers de l'information-consultation est régulièrement qualifiée de participation minimaliste ou atténuée²³⁵. Cette participation s'est cependant stabilisée (**Partie 1**).

30. La participation renouvelée au travers de la négociation. L'extension des prérogatives de négociation du comité social et économique modifient sa fonction originelle dans l'entreprise. Alors que son information-consultation n'implique aucun accord avec l'employeur sur le projet décisionnel qui lui est soumis, la négociation suppose la recherche d'une solution commune, voire un alignement des préférences. Il s'agit d'une participation plus vigoureuse. La négociation modifie en profondeur le

²³⁴ M.-L. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 643 : « la négociation, la concertation, la consultation ne sont pas des procédures identiques. On peut fonder ces procédures sous le concept flou de participation, il n'en demeure pas moins que reste chaque fois posée la question de savoir à quel pouvoir de réglementation les normes édictées peuvent être finalement rattachées. Et c'est cela qui commande leur régime et leur portée juridique ».

²³⁵ V. ARMILLEI, « La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ? », *Dr. soc.* 2021. 47 : « Forme "minimaliste" ou "atténuée" de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, la consultation en est pourtant le principal vecteur ».

cadre traditionnel de la participation du comité social et économique, qu'il s'agisse d'une négociation sur la décision, ou d'une négociation sur les conditions de réalisation de sa participation dans l'entreprise (**Partie 2**).

Partie 1. La participation stabilisée

31. Le tandem de l'information-consultation. La participation du comité social et économique aux décisions économiques de l'entreprise se réalise principalement par l'information-consultation. Celle-ci est ancienne, car elle remonte aux origines du comité. Depuis 1945, les législateurs successifs ont été nombreux à modifier ou ajouter à son bénéfice des attributions d'information et de consultation sur les projets décisionnels de l'employeur. Aujourd'hui, l'information du comité social et économique a acquis une place prépondérante au sein du tandem de l'information-consultation, en dépit de son rôle originel, lequel consistait à éclairer la consultation à venir. La consultation du comité social et économique n'est pas exempte d'évolutions qui altèrent sa vocation : donner la possibilité au comité, fût-ce de manière hypothétique, d'influer sur la décision de l'employeur. La réduction matérielle du champ de la consultation, ainsi que la sédimentation des textes, contribuent à affaiblir cette forme de participation (**Titre 1**).

32. Les sanctions de l'information-consultation. Les sanctions applicables au défaut ou à l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique laissent aussi entrevoir son affaiblissement. Les sanctions de l'information-consultation du comité social et économique ne sont ni de nature à restaurer son influence dans le processus décisionnel de l'employeur, ni en mesure de dissuader l'auteur potentiel de la violation de ses attributions. L'efficacité des sanctions de l'information-consultation du comité social et économique peut être discutée (**Titre 2**).

Titre 1. La dynamique de l'information-consultation

33. Une montée en puissance de l'information. L'information du comité social et économique a connu, depuis quelques années, une montée en puissance. Ses fonctions ont évolué ; ses occurrences dans le droit du comité social et économique se sont multipliées. L'information a d'abord été utilisée pour éclairer le comité social et économique en vue de sa consultation sur une décision de l'employeur. La procédure de consultation gravite désormais autour de l'information, tant s'agissant de son point de départ que de sa contestation par le comité social et économique lorsqu'il l'estime absente, ou irrégulière. C'est pourquoi, le législateur a été guidé par les objectifs de simplification, de rationalisation et d'accessibilité de l'information. A été créée une base de données économiques, sociales et environnementales, laquelle a participé à consolider l'obligation d'information incombant à l'employeur. Censée favoriser l'accès du comité social et économique à l'information, elle pourrait en réalité l'avoir complexifié (**Chapitre 1**).

34. Un déclin corrélatif de la consultation. Parallèlement à la montée en puissance de l'information du comité social et économique, sa consultation a connu un déclin progressif. La raison principale tient à la sédimentation nébuleuse des textes s'y rapportant, le législateur n'ayant eu de cesse de modifier la teneur de cette obligation, sans opérer une quelconque systématisation. Les difficultés d'articulation entre les différentes consultations du comité social et économique ont contribué à l'édification d'un régime difficilement accessible. Les rares textes entraînant une réduction du champ matériel de la consultation du comité social et économique ont accentué les incertitudes entourant l'obligation de sa consultation sur les projets de décision de l'employeur (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La consolidation de l'obligation d'information

« L'information est la clé du pouvoir... à la condition d'être comprise »²³⁶

35. L'information, garantie d'une consultation qualitative. L'information du comité social et économique permet de l'éclairer sur la situation de l'entreprise, de manière décorrélée de tout projet décisionnel immédiat. Celle-ci rejaillira lors d'un projet de décision futur, en s'avérant utile de façon rétrospective. L'information peut aussi éclairer le comité social et économique lors de sa consultation sur une décision imminente. L'information est circonstanciée, contextualisée, et permet au comité social et économique de saisir les raisons et enjeux du projet. L'information est toujours au service de la consultation du comité social et économique, qu'elle le soit immédiatement ou à terme. Elle conditionne son existence, et son éventuelle contestation (**Section 1**).

36. L'information, une accessibilité trompeuse. L'information du comité social et économique conditionne la qualité de sa consultation sur la décision de l'employeur. Non informé ou mal informé, le comité social et économique n'est pas en mesure de rendre un avis éclairé. Malgré l'ampleur de la fonction de l'information, son accessibilité est aujourd'hui trompeuse. Son réceptacle, la base de données économiques, sociales et environnementales, censée faciliter cette accessibilité, peut en réalité la complexifier (**Section 2**).

²³⁶ B. TEYSSIÉ, « Le recours à un expert-comptable par le comité social et économique », *JCP S* 2021. 1072.

Section 1. L'information au service de la consultation

37. L'information est au service de la consultation. Si elle peut être autonome de toute consultation du comité social et économique, elle constitue le plus souvent un préalable à une consultation de qualité. Condition de l'effectivité de la consultation, l'information émerge aussi en une condition de son existence, en marquant son point de départ (§1). L'information devient en cela un moyen essentiel de contestation de la régularité de la consultation du comité social et économique (§2).

§1. Le double rôle de l'information

38. Au regard de la consultation, l'information a un rôle substantiel : elle en est un préalable nécessaire (I). Son rôle est aussi procédural, car elle conditionne le départ du délai de consultation (II).

I. Un rôle substantiel

39. Permanence et lourdeur de l'information. Le terme information recouvre diverses significations selon qu'il est envisagé au singulier ou au pluriel. Au singulier, l'information est l' « *action d'une ou plusieurs personnes qui font savoir quelque chose, qui renseignent sur quelqu'un, sur quelque chose* »²³⁷. L'information n'est pas qu'un objet figé²³⁸, elle est aussi une dynamique²³⁹. Elle est « *le renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui* »²⁴⁰. L'information permet ainsi la collecte d'informations, soit un ensemble de connaissances réunies sur un sujet déterminé²⁴¹.

²³⁷ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Information* ; Adde LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Information* : « *Action d'informer quelqu'un, un groupe, de le tenir au courant des événements* ».

²³⁸ F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164.

²³⁹ M. CARON & P.-Y. VERKINDT, « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 425 : « *L'information est à la fois un contenu et une dynamique* ».

²⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. *Quadrige*, 2022, v° *Information*.

²⁴¹ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Information*.

Le pluriel du terme est la conséquence de son singulier²⁴². En droit du travail, l'information est semblable aux écoulements pyroclastiques consécutifs aux explosions volcaniques²⁴³ : elle est désordonnée et intimidante²⁴⁴. Le comité social et économique en est le destinataire privilégié²⁴⁵, lorsqu'il n'est pas à l'initiative de sa collecte²⁴⁶. Évoquer les informations dont bénéficie le comité est tentant²⁴⁷. Il faut toutefois s'en garder, car la tâche est lourde²⁴⁸. L'information est permanente²⁴⁹ : elle est à la fois ponctuelle et périodique²⁵⁰. L'information ponctuelle éclaire le comité social et économique dans un contexte spécifique ; l'information périodique lui offre une photographie de l'entreprise à un instant donné²⁵¹. L'information est la condition première des missions du comité social et économique²⁵², le cadre général de ses pouvoirs²⁵³. Elle est le préalable nécessaire au dialogue avec l'employeur²⁵⁴, en ce

²⁴² Le singulier renverrait à « l'information-communication » tandis que le pluriel renverrait à « l'information-connaissance » (v. B. DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, 2013, n° 8, p. 4 et s.).

²⁴³ Sur la notion, v. J.-M. BARDINTZEFF, *Volcanologie*, 5^e éd., Paris, Dunod, 2016, p. 134 et s.

²⁴⁴ C. FREYRIA, « Le contenu de l'information économique et sociale du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1979. 35 : « évoquer la teneur de l'information économique et sociale du comité d'entreprise, c'est aborder un ensemble de problèmes d'une redoutable complexité qui tirent leur origine des conditions singulièrement défectueuses dans lesquelles les textes ont été élaborés et continuent à régir la matière ».

²⁴⁵ V. not. C. trav., art. L. 1222-16, L. 2312-57, R. 2262-2, L. 2312-69, R. 2312-21, L. 2312-79, D. 3323-13 et R. 4624-54 ; C. com., art. L. 234-1, R. 234-2 et R. 232-6.

²⁴⁶ C. trav., art. L. 2312-15, al. 3 et L. 2312-25, II, 3^o.

²⁴⁷ Pour une synthèse, v. L. MARQUET DE VASSELOT & A. MARTINON, « Données économiques : l'obligation de diffuser », *JCP S* 2020. 2027.

²⁴⁸ L'approche quantitative de l'information « confine à l'apoplexie » (F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164). En effet, « les informations, documents ou rapports, que doit fournir l'employeur au comité d'entreprise ainsi que les informations qui accompagnent obligatoirement les consultations du comité, constituent au total un nombre très important de données dont peu ont la pleine maîtrise » (J. DANIEL, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S* 2015. 1165).

²⁴⁹ G. OHEIX, « L'information du comité d'entreprise en cas de licenciement collectif », *Dr. soc.* 1979. 49.

²⁵⁰ P.-H. ANTONMATTEI, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Dr. soc.* 2013. 100.

²⁵¹ P.-H. ANTONMATTEI, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Dr. soc.* 2013. 100.

²⁵² COUR DE CASSATION, *Le droit de savoir*, Rapport annuel, 2010, p. 218 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164.

²⁵³ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1.

²⁵⁴ L'information est « à la base du dialogue ; elle est un des moyens les plus efficaces de la "participation" » (D. WEISS, « Information économique, entreprise et relations collectives : un dossier français », *Relations Industrielles* 1974, n° 1, p. 3) ; G. LEVARD, « Le syndicalisme des salariés dans la vie économique et sociale », *Dr. soc.* 1965. 137 : « Il est (...) nécessaire que l'information soit le plus largement répandue si l'on veut qu'une participation quelconque, quelle que soit l'orientation de cette participation, soit intelligente c'est-à-dire, en définitive, soit possible ».

qu'elle place les interlocuteurs sur un pied d'égalité²⁵⁵. Les fondements juridiques de l'information sont nombreux : ils s'ordonnent aux niveaux international²⁵⁶, européen²⁵⁷, constitutionnel²⁵⁸ et légal²⁵⁹. L'information se saisit pourtant difficilement²⁶⁰ ; son appropriation serait même chimérique²⁶¹.

40. L'information et la consultation. Le droit français consacre une information bicéphale²⁶². Selon certains auteurs, l'information serait un droit collectif reconnu *in globo* au comité social et économique, et un droit individuel accordé à ses membres agissant *ut singuli*, s'agissant de l'information leur étant délivrée au titre de leur siège au conseil d'administration ou de surveillance de la société²⁶³. Cette distinction est inopérante, car l'élu du comité social et économique n'a pas d'intérêt personnel à

²⁵⁵ B. DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, 2013, n° 100, p. 83 : « L'obligation d'informer constitue ainsi une condition d'instauration d'un authentique dialogue et son régime est naturellement construit en considération de cette finalité ».

²⁵⁶ Recommandation de l'Organisation internationale du travail n° 143 concernant les représentants des travailleurs, 1971, IV, § 16 : « La direction devrait mettre à la disposition des représentants des travailleurs les facilités d'ordre matériel ainsi que les informations nécessaires à l'exercice de leurs fonctions » ; *Adde* Recommandation n° 129 sur les communications dans l'entreprise, 1967.

²⁵⁷ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 4, § 3, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, art. 27 : « Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

²⁵⁸ Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, consid. 10, *Rec. Cons. const.* 1993. 593 ; *RJS* 1994. 269 ; *JCP E* 1994. III. 66546 ; *Dr. soc.* 1994. 139, obs. X. Prétot : « le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise » ; Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-652 QPC, consid. 5, *BJS* 2017, n° 11, p. 665, note G. Auzero ; *Cah. soc.* 2017, n° 299, p. 408, note F. Canut ; *RDT* 2018. 67, obs. Y. Ferkane ; *RJS* 2017. 680 ; *SSL* 2017, n° 1779, p. 12, note F. Champeaux ; *JCP S* 2017. 242.

²⁵⁹ C. trav., art. L. 2312-15, al. 2.

²⁶⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164 : « la loi nationale est pléthorique, diffuse, illisible opérant une sédimentation d'obligations d'information éparpillées dans le Code du travail et dans d'autres codes ».

²⁶¹ N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997. 331.

²⁶² C. trav., art. L. 2312-73, al. 1 : « Les membres de la délégation du personnel au conseil d'administration ou au conseil de surveillance ont droit aux mêmes documents que ceux adressés ou remis aux membres de ces instances à l'occasion de leurs réunions » (nous soulignons) ; C. trav., art. L. 2312-77.

²⁶³ D. VEAUX, « Le rôle des comités d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Dr. soc.* 1948. 87 ; R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Librairies Techniques, 1975, n° 433, p. 301 et s.

défendre²⁶⁴. Son information individuelle profite au comité social et économique, car elle viendra le cas échéant au soutien d'une consultation future de celui-ci²⁶⁵. Le droit français fait fonctionner l'information et la consultation « *en couple* »²⁶⁶. L'information est un moyen²⁶⁷ ; elle n'est pas une fin²⁶⁸. Le Conseil constitutionnel estime pourtant que le principe de participation fonde avant tout un droit à l'information²⁶⁹. Le lien avec la consultation est absent²⁷⁰. Mais si l'autonomie du droit à l'information est envisageable²⁷¹, l'information s'impose nécessairement en cas de consultation²⁷². Appréhendée comme première phase de la consultation²⁷³, l'information seule ne se

²⁶⁴ C. FREYRIA, « Le contenu de l'information économique et sociale du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1979. 35.

²⁶⁵ *Contra* B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 776, p. 349 : « Le fait que les membres du comité social et économique siégeant au conseil d'administration ou de surveillance soient les délégués dudit comité ne saurait les exonérer, dans leurs rapports avec les membres de cet organisme, de leur obligation de discrétion. Tous les représentants élus des salariés sont les délégués de ces derniers et sont néanmoins tenus de respecter, à leur égard, les obligations de secret et de discrétion que leur impose le Code du travail » ; A. TEISSIER, « L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction (article L. 432-6 du Code du travail) », *JCP E* 2003. 662.

²⁶⁶ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 868, p. 867 : « Le modèle français d'implication des travailleurs repose sur l'information et la consultation. Ces techniques fonctionnent le plus souvent en couple, la consultation n'ayant guère de sens si elle n'est pas précédée d'une information claire et précise ».

²⁶⁷ J. DUPUY, « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *D.* 1983. 57 : « l'information n'est pas une fin en soi, elle est un moyen d'une action qu'elle doit éclairer ».

²⁶⁸ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 124, p. 77 : « L'information du comité d'entreprise est comprise comme un moyen offert au comité d'entreprise de participer au processus décisionnel ».

²⁶⁹ Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, consid. 10, *Rec. Cons. const.* 1993. 593 ; *RJS* 1994. 269 ; *JCP E* 1994. III. 66546 ; *Dr. soc.* 1994. 139, obs. X. Prétot : « le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise » ; Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-652 QPC, consid. 5, *BJS* 2017, n° 11, p. 665, note G. Auzero ; *Cah. soc.* 2017, n° 299, p. 408, note F. Canut ; *RDT* 2018. 67, obs. Y. Ferkane ; *RJS* 2017. 680 ; *SSL* 2017, n° 1779, p. 12, note F. Champeaux ; *JCP S* 2017. 242.

²⁷⁰ H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279.

²⁷¹ Selon un auteur, le Conseil constitutionnel se « garde bien de faire le lien entre information et consultation. Il s'en tient à une conception restrictive du principe de participation, resserrée sur la seule information des représentants du personnel » (A. FABRE, « Le comité d'entreprise et les affres du temps », *Constitutions* 2017. 432).

²⁷² M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 979, p. 742 : « On peut informer sans consulter mais on ne peut pas consulter sans informer » ; J. DANIEL, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S* 2015. 1165 : « s'il est permis d'informer le comité d'entreprise en dehors de toute obligation de consultation, en revanche la consultation requiert nécessairement au préalable une information de qualité ».

²⁷³ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1.

justifie que lorsque l'employeur ne projette pas de prendre une décision. Ainsi en est-il de l'employeur de l'entreprise sur laquelle porte une offre publique d'acquisition²⁷⁴, ou lorsqu'un projet de restructuration ou de compression des effectifs est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi d'une entreprise sous-traitante²⁷⁵. Au-delà, si décision il y a, l'information, même seule, sert la consultation²⁷⁶. Si ce n'est immédiatement, c'est à terme²⁷⁷.

41. Temporalité, forme et contenu de l'information. La consultation est permise par l'information, puisqu'elle s'entend « à cette fin »²⁷⁸. La temporalité de l'information est importante²⁷⁹. L'information doit être antérieure ou concomitante à la consultation et relever des attributions du comité social et économique²⁸⁰. Les informations délivrées s'entendent d' « *informations précises et écrites transmises ou mises à disposition par l'employeur* »²⁸¹. La précision suppose une information détaillée, même si le projet est formulé en des termes généraux²⁸². L'écrit implique un support : l'information est délivrée par informatique ou papier, et en français²⁸³. L'oralité doit rester accessoire²⁸⁴. L'information doit aussi être « *complète et*

²⁷⁴ C. trav., art. L. 2312-42, al. 1.

²⁷⁵ C. trav., art. L. 2312-58 : « À défaut d'accord, lorsque le projet de restructuration et de compression des effectifs soumis au comité social et économique est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi d'une entreprise sous-traitante, l'entreprise donneuse d'ordre en informe immédiatement l'entreprise sous-traitante. Le comité social et économique de cette dernière, en est immédiatement informé et reçoit toute explication utile sur l'évolution probable de l'activité et de l'emploi » (nous soulignons).

²⁷⁶ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 320, p. 216.

²⁷⁷ Certaines informations n'ont pas d'intérêt immédiat. Elles éclairent le comité social et économique sur la situation de l'entreprise. L'intérêt se révèle à terme lors d'une consultation pour laquelle ces informations sont pertinentes. Ainsi en est-il de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-17, 2°).

²⁷⁸ C. trav., art. L. 2312-15, al. 2.

²⁷⁹ B. BOSSU, « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *JCP S* 2015. 1175 : « aucune consultation sérieuse n'est possible sans information préalable ni, plus largement, sans les informations périodiques qui permettent aux membres du comité d'entreprise d'être éclairés sur la situation de l'entreprise et la portée des décisions projetées ».

²⁸⁰ Cass. crim., 27 oct. 1992, n° 90-82.552, *Bull. crim.*, n° 345.

²⁸¹ C. trav., art. L. 2312-15, al. 2.

²⁸² S. BÉAL & M.-N. KATCHADOURIAN, « Projet complexe : à quel moment et comment le comité d'entreprise doit-il être informé et consulté ? », *JCP S* 2009. 1463.

²⁸³ CA Versailles, 19 mars 2014, n° 13/05954.

²⁸⁴ J. DANIEL, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S* 2015. 1165.

loyale »²⁸⁵, mais l'appréciation de la complétude de l'information est difficile²⁸⁶. Selon la Cour de cassation, le comité social et économique doit pouvoir se forger une opinion sur le choix de l'employeur et discuter utilement les éléments économiques de ce choix²⁸⁷. Il doit être mis en mesure d'apprécier l'ampleur de la décision envisagée²⁸⁸. C'est pourquoi, s'agissant par exemple d'une opération de fusion, une information doit avoir lieu sur le projet lui-même, ainsi que sur les autres projets dans lesquels il s'inscrit²⁸⁹. Le comité social et économique doit pouvoir apprécier l'opération « *dans la totalité de son contexte* »²⁹⁰. De jurisprudence constante²⁹¹, l'utilité doit guider l'information du comité social et économique²⁹². La qualité de l'information dépend de

²⁸⁵ Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 07-20.525, *Bull. civ.* V, n° 217 ; *RJS* 2009. 915 ; *D.* 2009. 2494, obs. B. Ines ; *RDT* 2009. 715, obs. F. Géa ; *D.* 2010. 672, obs. A. Fabre ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 365, p. 22 ; *JCP S* 2009. 1526, note F. Aubonnet & C. Ventéjou ; *Dr. ouvr.* 2010. 147, note P. Tillie & T. Katz.

²⁸⁶ N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Le droit du comité d'entreprise d'être informé et consulté dans le cadre d'opérations de fusion », *RJS* 2010. 99.

²⁸⁷ Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 07-20.525, *Bull. civ.* V, n° 217, *préc.*

²⁸⁸ S. DELIANCOURT, « Homologation d'un PSE après une décision de refus : *quid* de l'information du comité d'entreprise ? », *JCP S* 2015. 1312.

²⁸⁹ F. FAVENNEC-HÉRY, « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. soc.* 2005. 729.

²⁹⁰ TGI Nanterre, réf., 22 déc. 2000, n° 00/3517, *RJS* 2001. 1305 ; Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-22.532, *Bull. civ.* V ; *D.* 2019. 2357 ; *JCP S* 2020. 1017, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2019. 830 ; *BJT* 2020, n° 1, p. 21, note F. Bergeron-Canut ; *BJS* 2020, n° 2, p. 9, note G. Auzero ; *RJS* 2020. 96 ; *SSL* 2019, n° 1887, p. 15 : « *dans le cas d'une opération de fusion, les informations fournies doivent porter, sauf impossibilité pour l'employeur de se les procurer, sur les entreprises parties à l'opération de fusion* ».

²⁹¹ TGI Créteil, réf., 10 févr. 2000, n° 00/129, *RJS* 2000. 968 : « *l'employeur n'est pas tenu de satisfaire à toutes les demandes d'information ou de production de documents formulées par le comité d'entreprise, mais simplement de fournir à celui-ci des informations précises et suffisantes pour lui permettre d'apprécier correctement la portée et la viabilité du projet qui lui est soumis et de donner un avis éclairé* » ; CA Paris, 31 juill. 2009, n° 09/14577, *RJS* 2009. 862 ; *RJDA* 2009. 969 : « *l'information fournie aux représentants du personnel doit être complète, précise et loyale et doit leur permettre d'exprimer un avis éclairé et utile ; que les documents et les informations fournis doivent assurer une lisibilité du projet afin d'en assurer la parfaite compréhension ; qu'en cas de projet particulièrement complexe, s'il est nécessaire d'informer et de consulter le comité d'entreprise à chaque étape du projet, il n'en demeure pas moins que l'information fournie dès l'origine doit être suffisamment détaillée pour que les représentants du personnel puissent se prononcer en ayant une vision satisfaisante des objectifs poursuivis, des moyens pour y parvenir et des conséquences en termes d'emploi* » ; Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-14.629, *RDT* 2013. 775, obs. F. Signoretto ; Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-13.307, *BJS* 2014, n° 8, p. 448.

²⁹² A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, n° 362, p. 180 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Dr. soc.* 2013. 100.

l'utilisation qui peut en être faite²⁹³. La corrélation établie entre information et consultation a pour effet de moduler le contenu de la première²⁹⁴. Cette corrélation justifie aussi que l'information conditionne le départ du délai de consultation.

II. Un rôle procédural

42. Départ et durée du délai de consultation. À défaut d'accord²⁹⁵, l'information constitue le point de départ du délai de consultation du comité social et économique²⁹⁶. D'apparence claire, la règle est toutefois imprécise²⁹⁷. La Cour de cassation l'a précisé²⁹⁸, en estimant que le délai court « *lorsque les élus sont en mesure d'apprécier l'importance de l'opération envisagée* »²⁹⁹. L'information non délivrée³⁰⁰, ou insuffisamment délivrée³⁰¹, remet en cause le départ du délai³⁰². Les délais de

²⁹³ J. DANIEL, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S* 2015. 1165 : « *La qualité de l'information, dont les caractéristiques ne sont pas si simples à appréhender, dépend en grande partie de l'utilisation qu'entend en faire son bénéficiaire. Comme dans toute démarche qualité, l'objectif demeure d'identifier les canaux de satisfaction du besoin qui s'exprime. Les données sont dites de qualité si elles satisfont aux exigences de leur utilisation. En d'autres termes, la qualité des informations dépend autant de leur utilisation que de leur état* ».

²⁹⁴ P.-H. ANTONMATTEI, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Dr. soc.* 2013. 100 : « *l'ensemble n'est pas figé, car il est lié au contenu de la compétence consultative. Enrichir cette dernière conduit naturellement à changer la teneur de l'information obligatoire* » ; M. CARON & P.-Y. VERKINDT, « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 425 : « *toute extension de cette mission ou toute interprétation extensive de cette mission exerce une influence déterminante sur l'étendue de l'information* ».

²⁹⁵ C. trav., art. L. 2312-19 et L. 2312-55.

²⁹⁶ C. trav., art. R. 2312-5.

²⁹⁷ B. GAURIAU, « Les temps de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1173 ; G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.

²⁹⁸ Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-19.003, *Bull. civ. V*, n° 176 ; *RDS* 2017. 446, note F. Petit ; *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *RJS* 2016. 785 ; *JCP S* 2016. 1342, note P. Morvan ; *Cah. soc.* 2016, n° 290, p. 553, note F. Canut ; *BJS* 2016, n° 11, p. 637, note G. Auzero.

²⁹⁹ V. DEVOS, « Les nouveaux moyens d'action des instances représentatives du personnel face au délai préfix », *JCP S* 2019. 1147.

³⁰⁰ Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, *Bull. civ. V*, n° 49 ; *RDT* 2018. 465, obs. I. Odoul-Asorey ; *RJS* 2018. 426 ; *BJS* 2018, n° 6, p. 327, note A. Bugada ; *Cah. soc.* 2018, n° 307, p. 31, note G. Auzero ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 44 ; *JCP E* 2018. 1290, note J.-J. Jarry & J. Tournaire ; *JCP S* 2018. 1167, note S. Guedes da Costa & C. Michaud ; *JCP G* 2018. 581, note F. Duquesne ; *SSL* 2018, n° 1831, p. 9, note L. Beziz ; Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-22.532, *Bull. civ. V* ; *D.* 2019. 2357 ; *JCP S* 2020. 1017, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2019. 830 ; *BJT* 2020, n° 1, p. 21, note F. Bergeron-Canut ; *BJS* 2020, n° 2, p. 9, note G. Auzero ; *RJS* 2020. 96 ; *SSL* 2019, n° 1887, p. 15.

³⁰¹ TGI Toulouse, réf., 26 oct. 2016, n° 16/01818, *JCP S* 2016. 1416, note L. Peugny.

³⁰² V. ARMILLEI & P. LAGESSE, « À propos des délais de consultation du CSE (1^{re} partie) », *SSL* 2017, n° 1791, p. 4.

consultation en vigueur sont issus de la loi relative à la sécurisation de l'emploi³⁰³. Aberrant pour certains³⁰⁴, opportun pour d'autres³⁰⁵, le principe d'un délai de consultation est au moins discutable³⁰⁶, car la qualité de la consultation pourrait être remise en cause³⁰⁷. La diversité des thèmes soumis à consultation du comité social et économique ne semble l'admettre³⁰⁸. La variation des délais est une exigence légale puisqu'ils doivent permettre au comité social et économique « *d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises* »³⁰⁹. À l'instar de certains magistrats³¹⁰, le ministre du Travail en tirait les conséquences il y a déjà plus de cinquante ans³¹¹ : il s'agit d'une « *question de circonstances* »³¹². La prédétermination du temps de la consultation est impossible³¹³. La loi dispose aussi que le comité social et économique doit disposer d'un délai d'examen « *suffisant* »³¹⁴. Mais la conciliation de cette exigence avec la

³⁰³ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1 ; C. trav., art. R. 2312-6.

³⁰⁴ P. LOKIEC, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJS* 2018, n° 1, p. 47.

³⁰⁵ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ? », *JCP S* 2013. 1263.

³⁰⁶ M. GRÉVY & P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013. 173.

³⁰⁷ B. BOSSU, « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *JCP S* 2015. 1175 : « *En enfermant l'intervention du comité dans un espace temporel bien identifié, ne remet-on pas en cause la qualité de la concertation ?* ».

³⁰⁸ F. GÉA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une "culture de la confiance" ? », *Dr. soc.* 2013. 717.

³⁰⁹ C. trav., art. L. 2312-16, al. 2.

³¹⁰ SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, « Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi », *Dr. ouvr.* 2013. 313 : « *Ces délais, fixés sans considération de la taille de l'entreprise, appartenant ou non à un groupe, son secteur d'activités, la nature des difficultés économiques et financières qui sont sensées en justifier, paraissent donc bien remettre en cause (...) le principe de participation des travailleurs affirmé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution* ».

³¹¹ G. GRANDVAL, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 28 juin 1965, p. 2707 : « *Quant à savoir ce qu'il faut entendre par l'expression "en temps utile", c'est une question de circonstances. Chacun a suffisamment de bon sens, je crois, pour le comprendre. Aussi est-il inconcevable et impossible qu'un règlement d'administration publique puisse préciser pour chaque catégorie d'entreprises le délai qui doit s'écouler entre la communication des projets de compression d'effectifs au comité et leur mise en application* ».

³¹² G. GRANDVAL, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 28 juin 1965, p. 2707 ; P. BOUAZIZ, « Le temps de la saisine pour avis du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 1995. 48. La durée de la procédure de consultation « *ne saurait (...) être prédéterminée ni uniforme mais fonction de l'ampleur et de la complexité des informations et du projet comme de la diligence de l'employeur à apporter ces informations et les réponses qu'appellent les observations des représentants* » (M. GRÉVY & P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013. 173).

³¹³ I. ODOUL-ASOREY, « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *RDT* 2013. 192 ; *Adde* C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382.

³¹⁴ C. trav., art. L. 2312-15, al. 2.

prédétermination des délais de consultation est hasardeuse³¹⁵, si ce n'est illusoire³¹⁶. Seules les conditions de la consultation peuvent attester de la suffisance du délai, eu égard à l'information délivrée et à l'ampleur du projet discuté³¹⁷. Entre participation du comité social et économique et sécurisation du temps des procédures de consultation, c'est la seconde qui a été choisie. À travers ce prisme, la volonté du législateur d'instaurer des délais de consultation est « *heureuse* »³¹⁸.

43. Arrivée du délai de consultation. Cette sécurisation du temps de la consultation s'accompagne d'une présomption³¹⁹. Au terme du délai, le comité social et économique est « *réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif* »³²⁰. Le blocage de la décision de l'employeur est impossible³²¹. La règle est pour le moins controversée³²², car l'échéance du délai constitue une menace pour les représentants du personnel³²³. Leur silence vaut rejet du projet de décision de l'employeur soumis à leur consultation. À la vérité, cette présomption, dénommée à tort par certains auteurs³²⁴, n'en est pas une

³¹⁵ L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470.

³¹⁶ Q. URBAN, « L'information-consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, un progrès en trompe-l'œil », *Dr. ouvr.* 2013. 381.

³¹⁷ A. LYON-CAEN, « Délai », *RDT* 2017. 511 : « *Un délai suffisant doit avoir une durée adaptée aux circonstances - circonstances qui tiennent à la teneur particulière du projet examiné, à la fluidité des échanges avec la direction de l'entreprise, aux préoccupations que fait naître le projet* » ; Y. TARASEWICZ, « Du bon usage des délais dans les consultations CE », *Liaisons soc.* 2016, n° 169, p. 69 : « *En effet, le délai nécessaire à la consultation ne peut s'apprécier qu'au vu du dossier remis par l'employeur* » ; E. RICHARD, « La loi *Sécurisation de l'emploi* instaure-t-elle de "nouveaux droits collectifs" ? », *Dr. ouvr.* 2013. 530.

³¹⁸ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ? », *JCP S* 2013. 1263.

³¹⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1069, p. 489 ; A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ? », *JCP S* 2013. 1263.

³²⁰ C. trav., art. L. 2312-16, al. 3.

³²¹ B. KRIEF, « Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2014. 1090 ; F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 425, p. 371 ; P. MORVAN, « Un déluge de délais, dotés d'un couperet tranchant », *JCP S* 2016. 1342 : « *Le mécanisme du délai couperet qui provoque la "mort subite" de la procédure consultative fait échec aux stratégies d'obstruction des instances représentatives* ».

³²² P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 876, p. 875.

³²³ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ? », *JCP S* 2013. 1263.

³²⁴ A. MARTINON, « Regards sur les avis en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 275, spéc. p. 284 ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1069, p. 489.

: il s'agit davantage d'une fiction juridique³²⁵. La différence entre ces « *procédés extrêmes du conceptualisme juridique* »³²⁶ est importante³²⁷. Alors que la présomption tranche une question de preuve³²⁸, la fiction « *énonce comme vraie aux yeux du droit une proposition qui, par hypothèse, est fausse* »³²⁹. Le mutisme du comité social et économique n'en serait pas un ; il se serait, par ce mutisme, exprimé³³⁰. La fiction met « *le faux à la place du vrai* »³³¹ ; l'avis du comité relève purement de l'imaginaire³³². La philosophie du dispositif apparaît en contradiction avec l'objet du comité social et économique³³³, chargé d'*exprimer* les intérêts des salariés³³⁴. La sommation à l'expression du comité social et économique est si forte³³⁵, que la remise d'un avis, même fictif, importe finalement plus que le sens de cet avis³³⁶. La pratique des réunions mensuelles abonde en ce sens³³⁷. Lorsque le délai de consultation est d'un mois³³⁸, se

³²⁵ Sur la distinction de la présomption et de la fiction juridique, v. A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, Thèse, Paris II, 1995, n° 184, p. 201.

³²⁶ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, p. 275.

³²⁷ G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, n° 3, p. 12 et s.

³²⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Présomption*.

³²⁹ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, p. 275 : « *tandis que la présomption de droit, tranchant une question de preuve et par conséquent un doute, énonce comme prouvée telle circonstance contingente qui, à défaut de vérification in casu, ne saurait être déclarée que probable ou même simplement possible, la fiction, se plaçant d'emblée en dehors du champ de la preuve, sur le terrain de l'être, énonce comme vraie aux yeux du droit une proposition qui, par hypothèse, est fausse* ».

³³⁰ La fiction est « *une sorte de coup de force contre le réel, en tout cas le désir de faire front contre lui pour en tirer certaines conséquences juridiques* » (J. ISSA-SAYEGH, *Les fictions en droit privé*, Thèse, Dakar, 1968, n° 15, p. 7).

³³¹ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, p. 279.

³³² G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.

³³³ L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470 : « *permettre à l'employeur de considérer que le comité a rendu un avis négatif ne prive-t-il pas, en lui-même, de toute utilité le processus de consultation ?* » ; G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.

³³⁴ C. trav., art. L. 2312-8.

³³⁵ I. ODOUL-ASOREY, « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *RDT* 2013. 192 : « *Assimiler à un avis le refus des représentants du personnel de le rendre, revient à les déposséder de leur autonomie dans l'exercice de leur mission. L'assimiler à un avis négatif recèle de surcroît une intrusion, qui engage leurs rapports avec les salariés dont ils assument la représentation collective, à la faveur d'une investiture électorale* ».

³³⁶ L. MARQUET DE VASSELLOT, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJS* 2000. 607 : « *ce qui en cette matière est déterminant demeure l'expression de son avis par le comité, qu'il soit favorable ou qu'il ne le soit pas (...). Les juges ne s'attachent pas à retenir le sens de l'avis rendu, mais s'attachent à apprécier le caractère "définitif" de celui-ci* ».

³³⁷ C. trav., art. L. 2315-28.

³³⁸ C. trav., art. R. 2312-6, I.

prononcer au cours de la réunion d'information assure au comité la remise d'un avis motivé³³⁹. La concomitance de l'information et de la consultation du comité social et économique reste possible³⁴⁰. À défaut d'avis rendu lors de cette réunion d'information, et hors l'hypothèse d'une réunion extraordinaire convoquée pour les besoins de la cause³⁴¹, le risque d'un avis négatif fictivement établi plane au-dessus du comité social et économique si la réunion mensuelle d'après ne se tient pas³⁴².

44. Conclusion de paragraphe. L'information du comité social et économique remplit un double rôle, à la fois substantiel et procédural. L'information est une phase préparatoire à la procédure de consultation du comité social et économique et initie son début. Savoir et pouvoir ne sont pas équipollents³⁴³. La célèbre formule « *scientia potestas est* »³⁴⁴ est souvent galvaudée³⁴⁵. L'utilité du savoir, c'est-à-dire de l'information, est à chercher dans sa capacité à mettre quelque chose en mouvement : la procédure de consultation. C'est pourquoi, l'information est aussi la voie privilégiée pour contester la régularité de la consultation du comité social et économique.

§2. Un moyen de contestation de la régularité de la consultation

45. L'entrée en vigueur des délais de consultation a entraîné une limitation du champ de l'action en justice du comité social et économique. L'action contentieuse est désormais cantonnée à un problème d'accès à l'information (I). Ce cantonnement

³³⁹ Il faut encore que l'information délivrée mette le comité en mesure « *d'apprécier l'importance de l'opération envisagée* » (Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-19.003, *Bull. civ.* V, n° 176 ; *RDS* 2017. 446, note F. Petit ; *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *RJS* 2016. 785 ; *JCP S* 2016. 1342, note P. Morvan ; *Cah. soc.* 2016, n° 290, p. 553, note F. Canut ; *BJS* 2016, n° 11, p. 637, note G. Auzero).

³⁴⁰ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1065, p. 487.

³⁴¹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 998, p. 756.

³⁴² L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470.

³⁴³ *Contra* A. SUPIOT, « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 463 : « *La détention d'un savoir constitue, dans l'entreprise comme en tout autre lieu, un pouvoir qu'on s'efforce de préserver ou de monnayer* » (nous soulignons) ; Adde J. DUPUY, « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *D.* 1983. 57 : « *Être informé c'est disposer d'un pouvoir* ».

³⁴⁴ N. BOUILLET, *Œuvres philosophiques de Bacon*, t. III, Paris, Hachette, 1834, p. 474.

³⁴⁵ N. STEHR, « Le savoir en tant que pouvoir d'action », *Sociologie et sociétés* 2000, n° 1, p. 157, spéc. p. 160.

résulte d'une volonté législative de sécurisation du temps des procédures de consultation, en limitant les possibilités de contentieux. Cette sécurisation est cependant un échec, les actions contentieuses relatives aux procédures de consultation s'étant multipliées (II).

I. Une sécurisation du temps des procédures de consultation

46. Un contentieux pathologique. Avant l'introduction des délais de consultation³⁴⁶, le contentieux sur la durée de la procédure de consultation du comité social et économique était pathologique³⁴⁷. Le débat se nouait autour d'une formule générale selon laquelle le comité social et économique devait disposer d'un délai d'examen suffisant de l'information pour rendre un avis sur le projet de décision³⁴⁸. Le juge était l'arbitre d'un « *combat* »³⁴⁹ relatif à la maîtrise du temps³⁵⁰. Le délit d'entrave n'était jamais loin³⁵¹. L'action du comité social et économique connaissait deux occurrences : l'insuffisance de l'information et celle du temps de son analyse³⁵². Le contentieux de l'information insuffisante et celui relatif au temps de la procédure de consultation étaient dissociés³⁵³. En cas de blocage du comité, l'employeur pouvait s'adresser au

³⁴⁶ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1 ; C. trav., art. R. 2312-6.

³⁴⁷ L. MARQUET DE VASSELLOT & A. MARTINON, « Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise », *JCP S* 2014. 1183 : « *L'absence de dispositions légales constituant un régime des délais de consultation génère un contentieux récurrent. Le contentieux des délais de consultation est un contentieux aléatoire, stérile, dont peu d'enseignements à caractère général peuvent être déduits tant les décisions qui en résultent procèdent des circonstances de fait propres à chaque litige. Ce contentieux caractérise à l'évidence une pathologie de notre modèle des relations collectives dans l'entreprise* » (nous soulignons).

³⁴⁸ C. trav., art. L. 2323-4, anc. : « *Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations* ».

³⁴⁹ B. KRIEF, « Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2014. 1090.

³⁵⁰ L. MARQUET DE VASSELLOT & A. MARTINON, « Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise », *JCP S* 2014. 1183 : « *La maîtrise du temps est cardinale dans la conduite des procédures d'information et de consultation des représentants du personnel* ».

³⁵¹ Cass. crim., 27 mars 2012, n° 11-80.565, *Bull. crim.*, n° 83 ; D. 2012. 2622, obs. P. Lokiec ; *Dr. soc.* 2012. 720, obs. A. Martinel ; *RJS* 2012. 638 ; *BJS* 2012, n° 5, p. 432 ; *JCP S* 2012. 1276, note T. Passerone ; *JCP E* 2012. 1280, note F. Duquesne.

³⁵² Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-12.990, *Bull. civ.* V, n° 210 ; *RJS* 2003. 1411 ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 319, p. 17.

³⁵³ L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470.

juge des référés pour qu'il lui ordonne de rendre un avis³⁵⁴. Il devait toutefois démontrer que celui-ci disposait d'une information suffisante pour rendre un avis éclairé³⁵⁵. Sommé de rendre un avis par l'employeur, le comité social et économique pouvait aussi saisir le juge des référés³⁵⁶, ou le juge du fond³⁵⁷. Cette saisine n'était pas enserrée dans des délais³⁵⁸. Le juge saisi fixait une nouvelle date de consultation³⁵⁹, en ordonnant le cas échéant la remise d'informations complémentaires pour que l'avis rendu par le comité soit éclairé³⁶⁰.

47. Un remède législatif. La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi modifie cet équilibre pour en instaurer un autre³⁶¹. Abolir l'imprévision du temps des procédures de consultation du comité social et économique était l'objectif³⁶². Pour ce faire, sont ajoutées à la formule générale relative au délai d'examen suffisant certaines

³⁵⁴ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1006, p. 761.

³⁵⁵ Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-21.747, *Bull. civ. V*, n° 211 ; *D.* 2013. 2277 ; *RDT* 2013. 773, obs. V. Pontif ; *Cah. soc.* 2013, n° 256, p. 419 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 295, p. 35, note P. Le Cohu ; *RJS* 2013. 825 ; *JCP S* 2013. 1447, note G. Loiseau.

³⁵⁶ Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15.417, *Bull. civ. V*, n° 163 ; *Dr. soc.* 1996. 484, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 1996. 559 ; *BJS* 1996, n° 11, p. 939 ; *Dr. ouvr.* 1996. 317, note M. Miné ; *JCP E* 1996. 161, note G. Picca ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 37, p. 11, note J. Neret ; *Dr. soc.* 1996. 932, obs. G. Béliet & H.-J. Legrand.

³⁵⁷ Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-20.939, *Bull. civ. V*, n° 217 ; *SSL* 2002, n° 1083, p. 13 ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 262, p. 13 ; *RJS* 2002. 1144.

³⁵⁸ S. BERNARD, « La consultation de l'instance élue (hors PSE) au prisme de la simplification », *Dr. soc.* 2018. 260.

³⁵⁹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1006, p. 761.

³⁶⁰ Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-13.307, *BJS* 2014, n° 8, p. 448 ; Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-14.629, *RDT* 2013. 775, obs. F. Signoretto.

³⁶¹ S. BERNARD, « La consultation de l'instance élue (hors PSE) au prisme de la simplification », *Dr. soc.* 2018. 260 : « Sans texte de loi spécifique dans le code du travail, le juge avait donc trouvé sa place au service d'une consultation utile du comité, sur le fondement du code de procédure civile ».

³⁶² J.-M. GERMAIN, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 5 avr. 2013, p. 3878 : « L'idée est toujours la même : on fixe les délais au mieux pour qu'ils permettent aux salariés d'exercer pleinement leurs droits, mais en même temps les décisions doivent être prises rapidement avant qu'il ne soit trop tard » ; R. CHISS, « Les temps de la consultation du comité d'entreprise : réflexions pratiques », *JCP S* 2015. 1174 : « devait être réduit, voire anéanti, le risque qui pesait sur l'employeur soit de devoir recommencer une procédure de consultation depuis son début, soit de retarder la mise en œuvre de son projet, soit encore, dans certains cas, de devoir assumer un risque pénal pour délit d'entrave ».

bornes temporelles et matérielles à l'action contentieuse³⁶³. En substance, l'action contentieuse du comité devient exclusivement liée à l'information³⁶⁴, étant entendu que cette action n'interrompt, ni ne suspend le délai de consultation³⁶⁵. Deux hypothèses sont prévues par la loi : l'insuffisance de l'information et l'accès difficile à l'information. En cas d'insuffisance, le juge ordonne la communication des éléments manquants³⁶⁶. En cas d'accès difficile, le juge peut décider la prolongation du délai de consultation³⁶⁷. L'ancien contentieux relatif au temps de la procédure de consultation n'existe plus³⁶⁸. La loi réduit la saisine judiciaire au rapport qu'entretient le comité social et économique avec la seule information³⁶⁹. La charge de la preuve de l'insuffisance de l'information, ou de son accès difficile, pèse sur le comité social et économique³⁷⁰ : la preuve est dite « *négative* »³⁷¹. L'employeur peut laisser s'écouler le temps³⁷². La fictivité de l'avis rendu par le comité social et économique au terme du délai de consultation invite l'employeur à l'inaction³⁷³.

³⁶³ C. trav., art. L. 2323-4, al. 2 et 3, anc. : « *Les membres élus du comité peuvent, s'ils estiment ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de huit jours. Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité d'entreprise, le juge peut décider la prolongation du délai prévu à l'article L. 2323-3* ».

³⁶⁴ G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.

³⁶⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1296, p. 1686 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 876, p. 875.

³⁶⁶ C. trav., art. L. 2323-4, al. 2, anc. : « *Les membres élus du comité peuvent, s'ils estiment ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants* ».

³⁶⁷ I. ODOUL-ASOREY, « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *RDT* 2013. 192.

³⁶⁸ A. FABRE, « Le comité d'entreprise et les affres du temps », *Constitutions* 2017. 432.

³⁶⁹ M. GRÉVY & P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013. 173 : « *l'avant-projet de loi envisage l'action en justice de manière extrêmement restrictive quant à son objet - relatif à la seule information et non au déroulement sérieux et loyal des échanges inhérents à toute consultation* ».

³⁷⁰ L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470.

³⁷¹ E. RICHARD, « La loi *Sécurisation de l'emploi* instaure-t-elle de "nouveaux droits collectifs" ? », *Dr. ouvr.* 2013. 530.

³⁷² L. MILET, « Voyage en "Absurdie" : la Chambre sociale de la Cour de cassation et les délais de consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2016. 751.

³⁷³ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1006, p. 761 : « *Aujourd'hui, du fait de l'existence de délais de consultation soit conventionnels, soit réglementaires, l'employeur n'a plus à s'adresser au juge des référés pour que celui-ci ordonne au comité de se prononcer. En effet, il lui suffit de laisser s'écouler le temps puisque le comité est réputé avoir rendu un avis négatif à l'expiration des délais* ».

48. Des prescriptions jurisprudentielles. Les prescriptions jurisprudentielles cantonnent encore davantage l'action du comité, celui-ci devant saisir le juge avant l'expiration du délai de consultation³⁷⁴. Le juge doit aussi statuer avant l'expiration du délai³⁷⁵, et ce dans les huit jours³⁷⁶. Selon la Cour de cassation, la prolongation du délai de consultation est impossible après expiration du délai initial³⁷⁷. La solution est justifiée au regard du caractère préfix du délai de consultation³⁷⁸. Ce qui n'existe plus ne peut être prorogé³⁷⁹. Le délai judiciaire épouse ainsi le délai de consultation du comité social et économique³⁸⁰. Ce dernier est tributaire du « *temps de réaction de l'institution judiciaire* »³⁸¹. Or, le réel est occulté : obtenir un jugement dans un délai

³⁷⁴ Cass. soc., 15 nov. 2017, n° 15-26.338, *Bull. civ. V*, n° 197 ; *JCP S* 2017. 1424, note J.-B. Cottin ; *Cah. soc.* 2018, n° 303, p. 29, note F. Canut ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 43, p. 33 ; *BJS* 2018, n° 1, p. 29, note G. Auzero ; *D.* 2017. 2375 ; Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-16.082, *Bull. civ. V*, n° 203 ; *Cah. soc.* 2016, n° 291, p. 606, note F. Canut ; *JCP S* 2016. 405 ; *JCP E* 2016. 922 ; *RJS* 2016. 34 ; *D.* 2016. 2287.

³⁷⁵ Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-13.363, *Bull. civ. V*, n° 177 ; *RJS* 2016. 785 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 42, p. 64, note V. Orif ; *BJS* 2016, n° 11, p. 637, note G. Auzero ; *RDT* 2017. 55, obs. F. Signoretto ; *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *JCP S* 2016. 1342, note P. Morvan ; *SSL* 2016, n° 1738, p. 8, note F. Champeaux ; *Adde* CA Paris, 26 juin 2017, n° 17/01860.

³⁷⁶ C. trav., art. L. 2323-4, al. 2, anc. : « *Les membres élus du comité peuvent, s'ils estiment ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de huit jours* ».

³⁷⁷ Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-19.003, *Bull. civ. V*, n° 176 ; *RJS* 2016. 785 ; *BJS* 2016, n° 11, p. 637, note G. Auzero ; *SSL* 2016, n° 1738, p. 8, note F. Champeaux ; *Cah. soc.* 2016, n° 290, p. 553, note F. Canut ; *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *RDS* 2017. 446, obs. F. Petit ; *JCP S* 2016. 1342, note P. Morvan : « *si, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité d'entreprise, le juge peut décider la prolongation du délai prévu à l'article L. 2323-3 du code du travail, aucune disposition légale ne l'autorise à accorder un nouveau délai après l'expiration du délai initial* ».

³⁷⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1296, p. 1687 ; H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279 : « *Puisqu'une fois le délai préfix expiré le comité est irréfablement présumé avoir rendu un avis négatif, il semble exclu de lui permettre d'être de nouveau consulté aux fins de rendre un avis autre* ».

³⁷⁹ P. MORVAN, « Un déluge de délais, dotés d'un couperet tranchant », *JCP S* 2016. 1342.

³⁸⁰ L. MILET, « Voyage en "Absurdie" : la Chambre sociale de la Cour de cassation et les délais de consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2016. 751 ; H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279.

³⁸¹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1007, p. 763 ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1296, p. 1687 : « *Si la solution s'inférait du caractère préfix des délais de consultation, elle n'en était pas moins regrettable dans la mesure où elle pouvait, en quelque sorte, faire du comité la victime des délais d'intervention du juge* ».

de huit jours est illusoire³⁸². Les conséquences de la jurisprudence sont d'autant plus importantes que le comité peut ne pas s'apercevoir au début de la procédure de consultation que l'information lui manque³⁸³. La révélation des éléments manquants peut s'opérer « *au fil des débats* »³⁸⁴. La saisine du juge en est reportée d'autant³⁸⁵.

49. Une constitutionnalité en débat. Les conséquences de la jurisprudence sont si redoutables qu'une question prioritaire de constitutionnalité est formée³⁸⁶. Elle est fondée sur les effets de la coexistence du délai « *couperet* »³⁸⁷ et de l'absence de suspension de l'action judiciaire³⁸⁸. Les principes de participation, d'égalité devant la

³⁸² V. MALLEVAYS & P. VIGNAL, « À l'impossible, nul n'est tenu (sauf le comité d'entreprise...) », *SSL* 2016, n° 1738, p. 12 : « *Quiconque a déjà été confronté à la réalité du calendrier judiciaire notamment des juridictions de grandes agglomérations est en effet parfaitement conscient qu'aucune d'elles n'a les moyens d'assurer le traitement complet d'une affaire en si peu de temps* » ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 14^e éd., LGDJ, 2019, n° 1377, p. 757 : « *Les juges du fond sont en effet assez bien placés pour se rendre compte que les délais d'audience devant les juridictions, c'est-à-dire les délais entre l'assignation et l'audience, ne permettent pas de tenir le délai de huit jours retenu par le législateur* » ; *Comp. TGI Nanterre*, réf., 10 févr. 2015, n° 15/00195.

³⁸³ L. MILET, « Voyage en "Absurdie" : la Chambre sociale de la Cour de cassation et les délais de consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2016. 751 : « *En intégrant dans le délai de consultation le délai de réponse du juge, la Cour de cassation réduit la marge de manœuvre des élus, qui peuvent ne pas s'apercevoir immédiatement du caractère incomplet de l'information reçue* ».

³⁸⁴ S. BERNARD, « La consultation de l'instance élue (hors PSE) au prisme de la simplification », *Dr. soc.* 2018. 260 : « *Plus important encore, ce n'est pas dès la première réunion que le comité, partiellement éclairé, a connaissance de l'intégralité des informations qui lui seront nécessaires : c'est au fil des débats, des informations progressivement communiquées et le plus souvent au retour du rapport d'expertise que le comité découvre l'existence d'informations essentielles qui étaient manquantes. Le processus d'information/consultation est un processus d'échange et non un moment instantané* ».

³⁸⁵ V. MALLEVAYS & P. VIGNAL, « À l'impossible, nul n'est tenu (sauf le comité d'entreprise...) », *SSL* 2016, n° 1738, p. 12 : « *le comité d'entreprise n'a évidemment pas vocation à se tourner vers le tribunal dès l'engagement du processus d'information-consultation mais davantage lorsqu'il estime que celui-ci, approchant de son terme, ne lui a toujours pas permis d'accéder à une connaissance suffisante du projet qui lui est présenté pour avis* ».

³⁸⁶ F. DUQUESNE, « L'écoulement du délai d'information-consultation des élus du comité d'entreprise », *JCP G* 2018. 581.

³⁸⁷ P. MORVAN, « Un déluge de délais, dotés d'un couperet tranchant », *JCP S* 2016. 1342.

³⁸⁸ Cass. soc., 1^{er} juin 2017, n° 17-13.081, *Bull. civ. V*, n° 100 ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 25, p. 42 ; *Cah. soc.* 2017, n° 298, p. 34, note F. Canut ; *JCP S* 2017. 172 : « *la question posée présente un caractère sérieux en ce que, d'une part, les dispositions en cause sont susceptibles de placer les comités d'entreprise dans des situations différentes, selon que la juridiction saisie aux fins d'obtenir des informations et un délai supplémentaires statue ou non dans le délai imparti, et partant de porter atteinte au principe d'égal accès des citoyens à la justice et en ce que, d'autre part, l'absence d'effet suspensif du recours peut conduire, dans ces conditions, à ce que l'institution représentative du personnel soit privée de toute protection de son droit à l'information nécessaire pour que puisse être assurée la participation du personnel à la gestion de l'entreprise, en dépit de l'exercice d'une voie de recours, et qu'il en résulte que la procédure applicable est susceptible de méconnaître les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et de priver de garanties légales la protection constitutionnelle du droit de participation découlant de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ».

loi et le droit au recours pourraient être méconnus, car les comités sociaux et économiques deviennent tributaires de la vitesse à laquelle les juges statuent. Le Conseil constitutionnel apprécie toutefois la situation *in globo*³⁸⁹. L'éventualité du non-respect des délais prévus par la loi pour des motifs tenant aux conditions de fonctionnement des juridictions ne suffit pas à rendre les dispositions inconstitutionnelles³⁹⁰. La position est rigoureuse³⁹¹, mais elle ne résout pas la question de la constitutionnalité de l'absence de suspension du délai de consultation en cas de saisine du juge par le comité social et économique. Selon une décision antérieure du Conseil constitutionnel, le législateur peut prévoir cette absence de suspension³⁹², sous réserve qu'il existe des garanties pour éviter qu'elle n'entraîne des effets irrémédiables³⁹³. Or, au cas particulier, les « *failles de la loi* »³⁹⁴ ne sont pas relevées. Les effets irrémédiables sont caractérisés : l'avis est fictivement établi au terme du délai de consultation, malgré la saisine du juge avant son expiration³⁹⁵. L'expression des intérêts des salariés par le comité social et économique est écartée parce que le juge ne s'est pas prononcé assez vite. L'atteinte au principe de participation paraît certaine³⁹⁶. Le délai de huit jours imposé au juge pour statuer a donc été abrogé, faute

³⁸⁹ H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279 : « *il s'attache à reconstruire le schéma d'ensemble pour refuser que certains de ses éléments, pris isolément, puissent être considérés comme non conformes au principe de participation* ».

³⁹⁰ Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-652 QPC, consid. 11, *BJS* 2017, n° 11, p. 665, note G. Auzero ; *Cah. soc.* 2017, n° 299, p. 408, note F. Canut ; *RDT* 2018. 67, obs. Y. Ferkane ; *RJS* 2017. 680 ; *SSL* 2017, n° 1779, p. 12, note F. Champeaux ; *JCP S* 2017. 242 : « *l'éventualité, à l'occasion de certaines procédures, du non-respect des délais prévus par la loi pour des motifs tenant aux conditions de fonctionnement des juridictions ne saurait suffire à entacher celle-ci d'inconstitutionnalité* ».

³⁹¹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 14^e éd., LGDJ, 2019, n° 1377, p. 758 ; A. FABRE, « Le comité d'entreprise et les affaires du temps », *Constitutions* 2017. 432 : « *L'argument se comprend aisément : la loi n'est pas inconstitutionnelle parce qu'elle n'est pas respectée par les juges, par le fait d'un acte de volonté ou faute de moyens matériels* ».

³⁹² Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, consid. 83, *AJDA* 2017. 812, obs. A. Legrand ; *JCP E* 2017. 1192, note B. Beignier ; *JCP S* 2017. 29 ; *D.* 2017. 686, obs. F. Safi ; *Cah. soc.* 2017, n° 294, p. 120 ; *SSL* 2017, n° 1755, p. 2.

³⁹³ A. FABRE, « Le comité d'entreprise et les affaires du temps », *Constitutions* 2017. 432.

³⁹⁴ H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279.

³⁹⁵ C. trav., art. L. 2312-16, al. 3.

³⁹⁶ Y. FERKANE, « De quelques usages du principe de participation », *RDT* 2018. 67 : « *En ne trouvant rien à redire à l'absence d'effet suspensif du recours exercé par le comité d'entreprise, le Conseil constitutionnel cautionne un dispositif qui contraint temporellement l'action du comité d'entreprise et nuit à la qualité de la consultation* ».

pour lui de pouvoir honorer un tel délai³⁹⁷. Mais si le juge peut statuer au-delà de huit jours sans compromettre l'action du comité, encore faut-il que le délai de consultation ne soit pas expiré, ce qui n'est pas chose aisée³⁹⁸. C'est pourquoi, la Cour de cassation a finalement compensé cette difficulté en jouant sur le point de départ du délai de consultation du comité³⁹⁹.

50. Un point de départ salvateur lors d'un défaut d'information. La Cour de cassation estime que lorsque la loi ou l'accord collectif prévoit la communication ou la mise à disposition de certaines informations, le délai de consultation ne court qu'à compter de celles-ci⁴⁰⁰. En cas de contestation par le comité social et économique, le délai de consultation n'est pas prolongé, mais reporté en son point de départ⁴⁰¹. L'hypothèse vise le défaut d'information, et non l'insuffisance⁴⁰². En cas de défaut d'information, le comité social et économique recouvre un droit d'action substantiel⁴⁰³.

³⁹⁷ Ord. n° 2019-738 du 17 juill. 2019 pris en application de l'article 28 de la L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 15, *JORF* n° 0165, 18 juill. 2019, texte n° 3.

³⁹⁸ Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-13.363, *Bull. civ.* V, n° 177 ; *RJS* 2016. 785 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 42, p. 64, note V. Orif ; *BJS* 2016, n° 11, p. 637, note G. Auzero ; *RDT* 2017. 55, obs. F. Signoretto ; *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *JCP S* 2016. 1342, note P. Morvan ; *SSL* 2016, n° 1738, p. 8, note F. Champeaux ; *Adde* CA Paris, 26 juin 2017, n° 17/01860.

³⁹⁹ F. DUQUESNE, « L'écoulement du délai d'information-consultation des élus du comité d'entreprise », *JCP G* 2018. 581.

⁴⁰⁰ Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, *Bull. civ.* V, n° 49 ; *RJS* 2018. 426 ; *BJS* 2018, n° 6, p. 327, note A. Bugada ; *Cah. soc.* 2018, n° 307, p. 31, note G. Auzero ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 44 ; *RDT* 2018. 465, obs. I. Odoul-Asorey ; *JCP S* 2018. 1167, note S. Guedes da Costa & C. Michaud ; *SSL* 2018, n° 1812, p. 9, note L. Beziz ; Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-22.532, *Bull. civ.* V ; *D.* 2019. 2357 ; *JCP S* 2020. 1017, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2019. 830 ; *BJT* 2020, n° 1, p. 21, note F. Bergeron-Canut ; *BJS* 2020, n° 2, p. 9, note G. Auzero ; *RJS* 2020. 96 ; *SSL* 2019, n° 1887, p. 15 ; *Adde* CE, 15 juill. 2020, n° 418543, *Rec. Lebon* ; *AJDA* 2020. 2538 ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 31, p. 36 ; *RJS* 2020. 600.

⁴⁰¹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1008, p. 765.

⁴⁰² F. SIGNORETTO, « Prolongation des délais de consultation des CSE : le juge saisi avant peut statuer après leur expiration », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *RDT* 2020. 559 : « *Cet arrêt a représenté un premier pas dans le desserrement des contraintes pesant sur les comités pour accéder au juge. Il ne concernait cependant qu'une hypothèse, l'absence totale d'information transmise aux élus, alors que la plus fréquente, la saisine du juge pour obtenir des informations complémentaires avant de rendre un avis, n'était pas visée* ».

⁴⁰³ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1296, p. 1688.

Le délai qui n'a pas couru ne peut expirer⁴⁰⁴ ; le caractère préfix du délai est indifférent⁴⁰⁵.

51. Le revirement jurisprudentiel sur l'information insuffisante. Lorsque le délai de consultation commence à courir mais que l'information est insuffisante, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence selon laquelle le juge ne peut statuer après expiration du délai initial⁴⁰⁶. Le droit européen n'est pas étranger à ce revirement : des auteurs avaient identifié des interférences avec la directive du 11 mars 2002⁴⁰⁷, laquelle prescrit l'existence d'un recours judiciaire effectif⁴⁰⁸. La Cour de cassation interprète les dispositions légales à la lumière du droit européen⁴⁰⁹. Le recours à l'interprétation conforme - critiquable pour certains⁴¹⁰ - enrichit alors l'office judiciaire⁴¹¹. Le juge

⁴⁰⁴ I. ODOUL-ASOREY, « Point de départ du délai préfix d'information consultation sur les orientations stratégiques en l'absence de BDES », *RDT* 2018. 465.

⁴⁰⁵ L. BEZIZ, « Délai de consultation du CSE : le point de départ en question », *SSL* 2018, n° 1831, p. 9 : « *Le caractère préfix éventuel du délai - qui le rend insusceptible de suspension et d'interruption - est indifférent et ne s'oppose en rien au mécanisme de mise en mouvement qui détermine le point de départ du délai* ».

⁴⁰⁶ Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-19.003, *Bull. civ. V*, n° 176 ; *RJS* 2016. 785 ; *BJS* 2016, n° 11, p. 637, note G. Auzero ; *SSL* 2016, n° 1738, p. 8, note F. Champeaux ; *Cah. soc.* 2016, n° 290, p. 553, note F. Canut ; *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *RDS* 2017. 446, obs. F. Petit ; *JCP S* 2016. 1342, note P. Morvan : « *si, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité d'entreprise, le juge peut décider la prolongation du délai prévu à l'article L. 2323-3 du code du travail, aucune disposition légale ne l'autorise à accorder un nouveau délai après l'expiration du délai initial* ».

⁴⁰⁷ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

⁴⁰⁸ V. not. A. FABRE, « Le comité d'entreprise et les affres du temps », *Constitutions* 2017. 432 ; S. BERNARD, « La consultation de l'instance élue (hors PSE) au prisme de la simplification », *Dr. soc.* 2018. 260 : « *on doit s'interroger sur la conformité d'un tel système au droit européen* ».

⁴⁰⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1296, p. 1687 et s.

⁴¹⁰ A. BUGADA, « Consultation judiciairisée du comité d'entreprise pour information insuffisante : *bis in idem* », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJS* 2020, n° 5, p. 16 : « *Le poids de cette source du droit, pourtant simple directive (et non règlement), va conduire la Cour de cassation à réécrire le dispositif législatif et réglementaire. La démarche est assez extraordinaire. Il s'agit de faire un procès au législateur par la voie de l'interprétation constructiviste du droit de l'Union européenne, pour augmenter les pouvoirs du juge en la matière. L'interprétation conforme délivre, en creux, une prérogative judiciaire que le législateur n'avait pas consentie* ».

⁴¹¹ C. MARIANO, « Délai de consultation du CSE et information insuffisante : les pouvoirs du juge augmentés à la lumière du droit à l'information appropriée », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJT* 2020, n° 4, p. 23 : « *La ressource de l'interprétation conforme des textes légaux au droit européen permet ainsi à la Cour de cassation d'enrichir, dans le présent arrêt, les pouvoirs du juge* ».

peut désormais statuer après expiration du délai de consultation⁴¹², à la condition d'avoir été saisi par le comité avant cette expiration⁴¹³. Dans ce cas, le juge peut prolonger ou fixer un nouveau délai⁴¹⁴, lequel court à compter de la remise par l'employeur des informations complémentaires au comité⁴¹⁵. L'effectivité de l'action du comité social et économique est restaurée⁴¹⁶, et un point d'équilibre semble trouvé⁴¹⁷.

⁴¹² Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *Bull. civ.* V ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 20, p. 80, note P. Le Cohu ; *BJS* 2020, n° 5, p. 16, note A. Bugada ; *RJS* 2020. 240 ; *JCP S* 2020. 1074, note P. Morvan ; *RDT* 2020. 559, obs. F. Signoretto ; *Dr. ouvr.* 2020. 524, note I. Odoul-Asorey ; *D.* 2020. 2312, obs. Y. Ferkane ; *BJT* 2020, n° 4, p. 23, note C. Mariano.

⁴¹³ Cass. soc., 27 mai 2020, n° 18-26.483, *Bull. civ.* V ; *D.* 2020. 2312, obs. Y. Ferkane ; *RJS* 2020. 354 ; *BJT* 2020, n° 7, p. 18, note F. Bergeron-Canut ; *JCP S* 2020. 2070, note J.-Y. Kerbourc'h ; *SSL* 2020, n° 1916, p. 16, note F. Carrière.

⁴¹⁴ A. BUGADA, « Consultation judiciairisée du comité d'entreprise pour information insuffisante : *bis in idem* », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJS* 2020, n° 5, p. 16 : « Elle lui offre ainsi une alternative lorsque la prolongation du délai s'avère impossible faute d'une décision rendue à temps. C'est donc une nouvelle consultation et un nouveau délai de consultation que le juge peut prononcer, ce que la loi n'envisage pas » ; H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279 : « Il ressort à l'évidence de cette décision que, au-delà de la lettre du texte qui ne prévoit que la prolongation du délai, le juge peut fixer un nouveau délai » ; C. MARIANO, « Délai de consultation du CSE et information insuffisante : les pouvoirs du juge augmentés à la lumière du droit à l'information appropriée », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJT* 2020, n° 4, p. 23 : « la nouvelle interprétation du texte légal met en mesure le juge de disqualifier un délai de consultation écoulé à partir du constat d'un support insuffisant d'information puis de rouvrir un nouveau temps de consultation basé sur un support rectifié d'information ».

⁴¹⁵ Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-23.025, *RJS* 2019. 229 ; *D.* 2019. 2153, obs. P. Lokiec ; *SSL* 2019, n° 1853, p. 10, note F. Février & P. Vignal.

⁴¹⁶ G. LOISEAU & S. GUEDES DA COSTA, « Le CSE à droit continu », *JCP S* 2020. 1069 ; P. MORVAN, « Délai couperet de consultation du CSE », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JCP S* 2020. 1074 ; V. MALLEVAYS, F. FÉVRIER & P. VIGNAL, « Baisse de tension sur les délais de consultation », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *SSL* 2020, n° 1898, p. 13 : « là où le juge ne pouvait auparavant que constater son impossibilité de prolonger un délai déjà expiré, il peut désormais fixer un nouveau délai de consultation ».

⁴¹⁷ Selon L. PÉCAUT-RIVOLIER, trois solutions étaient possibles. L'insuffisance de l'information pouvait être analysée en une inexistence, ce qui conduisait à « mettre à néant le dispositif mis en place par le législateur en supprimant de fait les délais en cas de saisine du juge ». Une autre solution consistait à reproduire la solution jurisprudentielle précédente qui consistait pour le juge à ne pas pouvoir prolonger ou fixer un nouveau délai lorsque celui-ci était arrivé à expiration au moment de statuer. Mais, « c'était rendre pratiquement inefficace toute action en justice du comité social et économique en cas d'insuffisance de l'information fournie dans le cadre d'une consultation ». Une « solution intermédiaire » a été choisie. Si le comité a saisi le juge avant l'expiration du délai de consultation, le juge peut prolonger le délai de consultation ou en fixer un nouveau, peu important que le délai soit ou non expiré lorsqu'il statue. L'hypothèse est cantonnée à une double condition : saisine dans les délais et constat de l'insuffisance de l'information. La solution « est équilibrée car elle permet d'assurer l'effectivité de la consultation du comité social et économique sans rouvrir la voie à des actions purement dilatoires qui n'auraient servi qu'à prolonger les délais » (F. CHAMPEAUX, « Les grandes tendances de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *SSL* 2020, n° 1898, p. 17).

52. Un office judiciaire incertain. Néanmoins, la notice explicative de l'arrêt est ambiguë⁴¹⁸. L'office du juge quant à la prolongation du délai ou à la fixation d'un nouveau délai est délicat à appréhender⁴¹⁹. Ces délais doivent être d'une « *durée correspondant* »⁴²⁰ aux délais réglementaires⁴²¹. Selon certains auteurs⁴²², cela signifie que le juge est contraint par la durée du délai originel⁴²³. Or, si ce délai peut être réglementaire, il peut aussi être conventionnel⁴²⁴. C'est pourquoi, le juge devrait pouvoir fixer un délai d'une durée différente du délai originel⁴²⁵, tout en restant dans

⁴¹⁸ COUR DE CASSATION, Notice explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 246 du 26 févr. 2020, n° 18-22.759.

⁴¹⁹ G. AUZÉRO, « Délais de consultation du CE/CSE : le recours salutaire au Droit européen », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JSL* 2020, n° 500, p. 60 : « *La règle de principe se laisse facilement saisir. Mais sa mise en œuvre technique s'avère plus problématique* ».

⁴²⁰ COUR DE CASSATION, Notice explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 246 du 26 févr. 2020, n° 18-22.759 : « *si le juge considère que la demande est fondée, c'est à dire s'il retient que les informations nécessaires à l'institution représentative du personnel et demandées par cette dernière pour formuler un avis motivé n'ont pas été transmises ou mises à disposition par l'employeur, le juge peut ordonner la production des éléments d'information complémentaires et dans ce cas, quelle que soit la date à laquelle il se prononce, prolonger ou fixer un nouveau délai de consultation pour une durée correspondant à celles fixées par l'article R. 2323-1-1 du code du travail à compter de la communication de ces éléments complémentaires* » (nous soulignons).

⁴²¹ C. trav., art. R. 2312-6.

⁴²² V. MALLEVAYS, F. FÉVRIER & P. VIGNAL, « Baisse de tension sur les délais de consultation », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *SSL* 2020, n° 1898, p. 13 : « *Il s'agit en quelque sorte d'un jeu à "quitte ou double" pour le comité. Si le juge estime la demande fondée, il bénéficiera alors d'un nouveau délai complet, mais dans la limite de ceux fixés par l'article R. 2312-6 (ancien R. 2323-1-1) du Code du travail, pour examiner les documents et éléments d'informations complémentaires dont la communication aura été ordonnée par le juge afin de pouvoir valablement rendre un avis motivé sur le projet qui lui est soumis* ».

⁴²³ G. AUZÉRO, « Délais de consultation du CE/CSE : le recours salutaire au Droit européen », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JSL* 2020, n° 500, p. 60 : « *On croit comprendre que si le délai initial était par exemple de deux mois, la prolongation ou le nouveau délai ne pourrait être que de deux mois également* ».

⁴²⁴ C. trav., art. L. 2312-16 ; G. AUZÉRO, « Délais de consultation du CE/CSE : le recours salutaire au Droit européen », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JSL* 2020, n° 500, p. 60 : « *les durées "correspondantes" peuvent, le cas échéant, être celles fixées par une norme conventionnelle* ».

⁴²⁵ I. ODOUL-ASOREY, « La mise en conformité de la loi avec le droit européen à l'information appropriée des représentants du personnel », *Dr. ouvr.* 2020. 524 ; P. MORVAN, « Délai couperet de consultation du CSE », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JCP S* 2020. 1074 : « *le juge décide ce qu'il veut : proroger le délai (initial) qui a commencé à courir ou imposer un "nouveau délai de consultation" (d'une durée quelconque) qui commencera à courir à compter du jour où l'employeur aura communiqué les informations énumérées par l'ordonnance juridictionnelle* ».

la limite des délais réglementaires⁴²⁶. La teneur de l'information restant à délivrer au comité social et économique modulera la durée du nouveau délai de consultation.

53. Le sort de l'avis originel. Néanmoins, lorsque le juge statue après l'expiration du délai de consultation initial, le sort de l'avis réputé rendu par le comité au terme du délai interroge⁴²⁷. L'employeur a pu commencer à mettre en œuvre la décision soumise à la consultation du comité social et économique⁴²⁸, car la saisine du juge n'a pas suspendu le délai, lequel a bien expiré⁴²⁹. En réalité, en cas de saisine du juge par le comité social et économique, la suspension du projet de décision est inévitable. À défaut, la saisine est vidée de sa substance si l'employeur peut faire abstraction de l'action judiciaire en cours⁴³⁰. Écarter le risque du délit d'entrave suppose pour l'employeur de suspendre la décision jusqu'à l'expiration du nouveau délai de consultation que le juge prononcera⁴³¹. Le délai originaire expiré est « *chahuté* »⁴³², car il est dépourvu d'effet⁴³³ : le comité social et économique n'est plus réputé avoir été

⁴²⁶ C. MARIANO, « Délai de consultation du CSE et information insuffisante : les pouvoirs du juge augmentés à la lumière du droit à l'information appropriée », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJT* 2020, n° 4, p. 23 : « *Il nous semble que le juge devrait pouvoir garder la liberté d'apprécier la durée souhaitable de la prolongation ou du nouveau délai dans la limite des délais réglementaires de un mois, de deux mois ou de trois mois selon le cas. Ce qui paraît, en revanche, devoir découler de la solution retenue, c'est l'impossibilité pour le juge de se référer à une durée supérieure aux délais réglementaires, notamment lorsque des délais conventionnels existent dans l'entreprise et sont plus favorables que les délais réglementaires* ».

⁴²⁷ H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279.

⁴²⁸ G. AUZERO, « Délais de consultation du CE/CSE : le recours salutaire au Droit européen », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JSL* 2020, n° 500, p. 60 : « *quelle réponse apporter lorsque, dans l'attente de la décision du juge qui peut parfois et malheureusement être retardée de plusieurs mois, l'employeur met en œuvre la décision dont le projet était l'objet de la consultation des représentants du personnel ?* ».

⁴²⁹ C. trav., art. L. 2312-15, al. 5.

⁴³⁰ M. VÉRICEL, « Le comité social et économique et l'urgence », *RJS* 2020. 879 : « *L'employeur se verra donc éventuellement contraint de suspendre cette mise en œuvre, ce qui peut évidemment présenter des problèmes pratiques* ».

⁴³¹ I. ODOUL-ASOREY, « La mise en conformité de la loi avec le droit européen à l'information appropriée des représentants du personnel », *Dr. ouvr.* 2020. 524.

⁴³² P. ROZEC, « Données économiques et responsabilité. Répression (dé)passée et responsabilisation pratique », *JCP S* 2020. 2031.

⁴³³ *Rappr.* A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ? », *JCP S* 2013. 1263 : « *la présomption ne pourra jouer qu'à la condition que les représentants aient été régulièrement consultés (sur la forme, sur les délais et sur le fond)* ».

consulté⁴³⁴. La sécurisation du temps des procédures de consultation est un échec⁴³⁵. La volonté du législateur est bafouée, car la durée de la procédure de consultation redevient incertaine⁴³⁶. Les actions judiciaires s'en trouvent même favorisées.

II. Une altération de la sécurisation du temps des procédures de consultation

54. Une sécurisation aux effets pervers. La réduction du contentieux sur les délais de consultation du comité social et économique n'a pas eu lieu⁴³⁷. L'inverse s'est produit ; les actions se sont multipliées. Le cantonnement de l'action judiciaire du comité social et économique l'invite à saisir le juge prématurément⁴³⁸, car la saisine du juge doit intervenir avant l'expiration du délai de consultation⁴³⁹. Or, ce délai peut être court, surtout en présence d'un accord collectif⁴⁴⁰. Des situations absurdes peuvent exister, où le comité social et économique ne peut plus agir en justice avant même d'avoir pu se réunir pour envisager cette éventualité⁴⁴¹. La saisine judiciaire peut dès lors s'imposer dès la remise de l'information au comité social et économique⁴⁴². La

⁴³⁴ C. trav., art. L. 2312-16, al. 3.

⁴³⁵ P. ROZEC, « Données économiques et responsabilité. Répression (dé)passée et responsabilisation pratique », *JCP S* 2020. 2031 : « *La sécurité tant espérée n'est finalement pas si acquise* ».

⁴³⁶ H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279 : « *cela contrevient à la volonté du législateur en réinsérant un certain degré d'incertitude quant à la durée de la procédure* ».

⁴³⁷ V. MALLEVAYS & P. VIGNAL, « À l'impossible, nul n'est tenu (sauf le comité d'entreprise...) », *SSL* 2016, n° 1738, p. 12.

⁴³⁸ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 14^e éd., LGDJ, 2019, n° 1377, p. 758 : « *les élus se voient contraints de saisir prématurément la justice, même dans les hypothèses où l'information délivrée se révélera par la suite suffisante* » ; V. MALLEVAYS & P. VIGNAL, « À l'impossible, nul n'est tenu (sauf le comité d'entreprise...) », *SSL* 2016, n° 1738, p. 12 : « *La fuite du temps va nécessairement devenir centrale et un recours anticipé au juge sera ainsi rendu quasi indispensable afin d'éviter le couperet de l'expiration du délai de consultation* ».

⁴³⁹ Cass. soc., 27 mai 2020, n° 18-26.483, *Bull. civ. V* ; *D.* 2020. 2312, obs. Y. Ferkane ; *RJS* 2020. 354 ; *BJT* 2020, n° 7, p. 18, note F. Bergeron-Canut ; *JCP S* 2020. 2070, note J.-Y. Kerbourc'h ; *SSL* 2020, n° 1916, p. 16, note F. Carrière.

⁴⁴⁰ Cf. *infra* n° 238.

⁴⁴¹ S. BERNARD, « La consultation de l'instance élue (hors PSE) au prisme de la simplification », *Dr. soc.* 2018. 260 : « *un comité à qui la direction aurait remis les informations quinze jours avant la réunion pour un avis relevant d'une consultation à quinze jours aurait donc épuisé son délai pour agir en justice avant même d'avoir pu se réunir pour voter une décision lui permettant d'agir en justice* ».

⁴⁴² L. BEZIZ, « Délai de consultation du CSE : le point de départ en question », *SSL* 2018, n° 1831, p. 9 : « *Il est même recommandé au comité de délibérer, dès cette réunion, sur la décision d'agir en justice pour l'hypothèse où, à l'issue d'un bref délai, l'employeur ne lui communique pas les informations réclamées* ».

saisine du juge est faite à titre conservatoire⁴⁴³, pour pallier l'éventuelle insuffisance de l'information délivrée ou qui reste à l'être⁴⁴⁴.

55. Des saisines judiciaires diffuses. La judiciarisation excessive des délais de consultation resurgissait aussi à l'aune des compétences juridictionnelles. Jusqu'à récemment, le contentieux restait éclaté : juge du fond et juge des référés pouvaient être saisis par le comité social et économique. Le premier était saisi sur le fondement du droit spécial⁴⁴⁵ ; le second était saisi sur le fondement du droit commun⁴⁴⁶, à charge pour le comité de démontrer l'existence d'un trouble manifestement illicite⁴⁴⁷. L'absence de consultation du comité social et économique avant l'adoption d'une décision la nécessitant caractérisait ce trouble⁴⁴⁸. L'information insuffisante devait pouvoir le caractériser⁴⁴⁹, car l'irrégularité affectant le déroulement de la procédure de

⁴⁴³ V. MALLEVAYS & P. VIGNAL, « À l'impossible, nul n'est tenu (sauf le comité d'entreprise...) », *SSL* 2016, n° 1738, p. 12 : « *La saisine du TGI devra d'ailleurs probablement et dorénavant intervenir à titre conservatoire avant même que d'éventuelles discussions aient pu réellement s'engager avec l'employeur* » ; V. DEVOS, « Les nouveaux moyens d'action des instances représentatives du personnel face au délai préfix », *JCP S* 2019. 1147 : « *Le jeu consiste donc pour les élus, dès le démarrage de la procédure consultative, à arguer du caractère lacunaire de l'information transmise, par le vote d'une délibération, visant à soutenir que le délai préfix ne peut commencer à courir* » ; Adde P. LOKIEC, *Droit du travail*, 1^{er} éd., PUF, coll. Thémis, 2019, n° 758, p. 732.

⁴⁴⁴ L. MILET, « Voyage en "Absurdie" : la Chambre sociale de la Cour de cassation et les délais de consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2016. 751 : « *le comité d'entreprise aura intérêt à saisir prématurément la justice afin de préserver son droit à demander la prolongation des délais réglementaires, quand bien même, par la suite, l'information délivrée se révélera suffisante, sincère et utile. Ce qui ne peut qu'accroître la judiciarisation du principe de la consultation préalable et s'accorde fort mal avec la nécessité du dialogue social prônée par ailleurs* » ; S. BERNARD, « La consultation de l'instance élue (hors PSE) au prisme de la simplification », *Dr. soc.* 2018. 260 : « *C'est donc parfois dès le début du processus d'information qu'il doit envisager de saisir les tribunaux alors même qu'il ignore encore si les informations qu'il sollicite lui seront communiquées* ».

⁴⁴⁵ C. trav., art. L. 2312-15, al. 4 : « *Le comité peut, s'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants* ».

⁴⁴⁶ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 16^e éd., LGDJ, 2021, n° 990, p. 737 : « *une autre voie d'action consiste à saisir le président du tribunal judiciaire statuant selon les règles du référé de droit commun* » ; CA Versailles, 12 juill. 2018, n° 18/04069, *RJS* 2018. 602 ; *BJT* 2018, n° 1, p. 34, note F. Atkin ; *SSL* 2018, n° 1825, p. 12, note F. Champeaux.

⁴⁴⁷ C. proc. civ., art. 835 : « *Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ».

⁴⁴⁸ Cass. soc., 10 juill. 2019, n° 18-10.815, *RJS* 2019. 639.

⁴⁴⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.562, p. 786.

consultation permettait au comité social et économique d'obtenir sa suspension, si elle n'était pas terminée⁴⁵⁰. Le comité social et économique insuffisamment informé pouvait saisir le juge des référés⁴⁵¹, lequel appréciait s'il convenait de suspendre la procédure de consultation en ordonnant la production d'une information plus complète⁴⁵². Le contentieux est désormais unifié. Le litige relatif à l'information insuffisante ressort de la compétence *exclusive* du président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond⁴⁵³. La voie du référé de droit commun fondée sur le trouble manifestement illicite est fermée⁴⁵⁴, conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*⁴⁵⁵.

56. La raréfaction du prolongement judiciaire du délai. Malgré cette évolution, le fonctionnement des tribunaux conduit le plus souvent le juge à statuer après l'expiration du délai de consultation du comité social et économique⁴⁵⁶. Si l'action du comité est infondée, l'avis réputé négatif par écoulement du délai demeure : son entrée en scène est simplement reportée à la date de la décision judiciaire⁴⁵⁷. En revanche, si l'action du comité est fondée, le juge ne pourra *que* fixer un nouveau délai, et non prolonger celui-ci. L'alternative posée par la loi entre la prolongation et la fixation

⁴⁵⁰ Cass. soc., 20 sept. 2017, n° 15-25.783.

⁴⁵¹ M. VÉRICEL, « Le comité social et économique et l'urgence », *RJS* 2020. 879 : « *En cas de réelle urgence le comité social et économique ne dispose que du recours de droit commun devant le président du tribunal judiciaire saisi par la voie des référés, conformément au Code de procédure civile* ».

⁴⁵² Cass. 2^e civ., 15 nov. 2007, n° 07-12.304, *Bull. civ. II*, n° 255 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 250, p. 24 ; *D.* 2008. 2690, obs. C. Atias & P. Capoulade : « *le juge des référés apprécie souverainement le choix de la mesure propre à faire cesser le trouble qu'il constate* ».

⁴⁵³ C. trav., art. L. 2312-15, al. 4.

⁴⁵⁴ Cass. soc., 24 nov. 2021, n° 20-13.904, *Bull. civ. V* ; *JCP S* 2022. 1029, note S. Guedes da Costa ; *JCP G* 2021. 1325 ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 44, p. 42 ; *RJS* 2022. 75 ; *SSL* 2021, n° 1978, p. 15.

⁴⁵⁵ H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 8^e éd., LexisNexis, 2021, p. 358 : « *Ce qui est spécial déroge à ce qui est général* ».

⁴⁵⁶ V. MALLEVAYS & P. VIGNAL, « À l'impossible, nul n'est tenu (sauf le comité d'entreprise...) », *SSL* 2016, n° 1738, p. 12 : « *Nos tribunaux sont engorgés, les dates de plaidoirie sont lointaines, et ce quel que soit le degré d'urgence présenté par un dossier, le rôle des audiences est surchargé, les délibérés en sont rendus d'autant plus tardivement et cet encombrement des services de la justice ne s'évanouit pas subitement lorsqu'elle prend "la forme des référés"* ».

⁴⁵⁷ COUR DE CASSATION, Notice explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 246 du 26 févr. 2020, n° 18-22.759 : « *si la demande se révèle infondée, les documents ayant été transmis étant estimés par le juge comme suffisants pour que le comité d'entreprise puisse formuler un avis motivé, le délai s'achève à la date initialement prévue* ».

d'un nouveau délai n'est que formelle⁴⁵⁸, puisque la prolongation judiciaire du délai de consultation n'est possible que si ce délai n'est pas expiré⁴⁵⁹. Un délai qui ne court plus ne peut être prolongé⁴⁶⁰. La fixation d'un nouveau délai est donc systématique, en dépit du fait que la loi ne connaît que la prolongation du délai de consultation⁴⁶¹. La construction prétorienne, en raison du fonctionnement lent des tribunaux, marginalise de fait la prolongation du délai de consultation⁴⁶². Le dispositif législatif en est radicalement altéré⁴⁶³. La distinction établie par la loi entre le défaut d'information et l'insuffisance de l'information n'est pas en reste.

⁴⁵⁸ COUR DE CASSATION, Notice explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 246 du 26 févr. 2020, n° 18-22.759 : « si le juge considère que la demande est fondée, c'est à dire s'il retient que les informations nécessaires à l'institution représentative du personnel et demandées par cette dernière pour formuler un avis motivé n'ont pas été transmises ou mises à disposition par l'employeur, le juge peut ordonner la production des éléments d'information complémentaires et dans ce cas, quelle que soit la date à laquelle il se prononce, prolonger ou fixer un nouveau délai de consultation » (nous soulignons).

⁴⁵⁹ G. AUZERO, « Délais de consultation du CE/CSE : le recours salutaire au Droit européen », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JSL* 2020, n° 500, p. 60 : « la prolongation devant être vraisemblablement réservée au cas où le juge statue avant l'expiration du délai "originel" ».

⁴⁶⁰ I. ODOUL-ASOREY, « La mise en conformité de la loi avec le droit européen à l'information appropriée des représentants du personnel », *Dr. ouvr.* 2020. 524 : « cette prolongation n'est pas possible, lorsque le délai imparti à l'information-consultation du comité est expiré au jour où le juge statue ».

⁴⁶¹ C. trav., art. L. 2312-15, al. 4 et 5 : « Le comité peut, s'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité, le juge peut décider la prolongation du délai prévu au deuxième alinéa » (nous soulignons).

⁴⁶² H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279 : « au-delà de la lettre du texte qui ne prévoit que la prolongation du délai, le juge peut fixer un nouveau délai » ; A. BUGADA, « Consultation judiciairisée du comité d'entreprise pour information insuffisante : *bis in idem* », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJS* 2020, n° 5, p. 16.

⁴⁶³ Exposé des motifs, L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1 : « Lorsque, pour une procédure ou un cas de recours à l'expertise donnés, un délai aura été prévu, à son expiration, le comité d'entreprise sera réputé avoir été consulté. Le juge des référés pourra être saisi si les informations nécessaires ne sont pas fournies par l'employeur et il pourra prolonger le délai en cas de difficultés particulières en la matière » (nous soulignons).

57. Une distinction artificielle : défaut et insuffisance de l'information. Le défaut d'information ne fait pas courir le délai de consultation⁴⁶⁴, car l'employeur viole son obligation⁴⁶⁵. En revanche, l'information insuffisante fait courir le délai de consultation du comité social et économique⁴⁶⁶. La jurisprudence consacre cette distinction⁴⁶⁷. Elle est pourtant artificielle⁴⁶⁸. Par principe, le délai court lorsque le comité est « *en mesure d'apprécier l'importance de l'opération envisagée* »⁴⁶⁹. À défaut d'information, cette appréciation est impossible. Mais en cas d'information insuffisante, cela peut aussi être le cas. Le délai de consultation ne courrait donc pas⁴⁷⁰. Adopter une position inverse reviendrait à relativiser le caractère nécessaire des informations complémentaires sollicitées par le comité social et économique⁴⁷¹. La distinction jurisprudentielle entre le défaut et l'insuffisance de l'information est « *délicate à manier* »⁴⁷², car la porosité

⁴⁶⁴ Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, *Bull. civ. V*, n° 49 ; *RJS* 2018. 426 ; *BJS* 2018, n° 6, p. 327, note A. Bugada ; *Cah. soc.* 2018, n° 307, p. 31, note G. Auzero ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 44 ; *RDT* 2018. 465, obs. I. Odoul-Asorey ; *JCP S* 2018. 1167, note S. Guedes da Costa & C. Michaud ; *SSL* 2018, n° 1812, p. 9, note L. Beziz ; Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-22.532, *Bull. civ. V* ; *D.* 2019. 2357 ; *JCP S* 2020. 1017, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2019. 830 ; *BJT* 2020, n° 1, p. 21, note F. Bergeron-Canut ; *BJS* 2020, n° 2, p. 9, note G. Auzero ; *RJS* 2020. 96 ; *SSL* 2019, n° 1887, p. 15 ; CE, 15 juill. 2020, n° 418543, *Rec. Lebon* ; *AJDA* 2020. 2538 ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 31, p. 36 ; *RJS* 2020. 600.

⁴⁶⁵ J. DANIEL, « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S* 2015. 1165 : « *L'information du comité d'entreprise étant protégée, le chef d'entreprise se doit de la délivrer spontanément, sans que le comité d'entreprise ait besoin de la réclamer* ».

⁴⁶⁶ L. PEUGNY, « Point de départ du délai de consultation du comité d'entreprise », note ss. TGI Toulouse, réf., 26 oct. 2016, n° 16/01818, *JCP S* 2016. 1416 : « *le délai court bien en cas d'information insuffisante* ».

⁴⁶⁷ F. SIGNORETTO, « Prolongation des délais de consultation des CSE : le juge saisi avant peut statuer après leur expiration », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *RDT* 2020. 559 : « *Faut-il (...) distinguer deux hypothèses selon que l'information est insuffisante ou absente ? À cette interrogation, la réponse doit être sans doute positive* » ; COUR DE CASSATION, Notice explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 246 du 26 févr. 2020, n° 18-22.759 : « *la Chambre sociale a fixé le point de départ du délai de consultation en distinguant le cas de l'absence totale d'information de celui de l'insuffisance de l'information* ».

⁴⁶⁸ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1007, p. 763 ; *Comp. P. MORVAN*, « Délai couperet de consultation du CSE », note ss. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JCP S* 2020. 1074 : « *Il convient, en tout état de cause, de distinguer l'absence complète d'informations (...) (qui empêche le délai de courir) et leur caractère lacunaire (qui ne l'empêche pas de courir)* ».

⁴⁶⁹ Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-19.003, *Bull. civ. V*, n° 176 ; *RDS* 2017. 446, note F. Petit ; *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *RJS* 2016. 785 ; *JCP S* 2016. 1342, note P. Morvan ; *Cah. soc.* 2016, n° 290, p. 553, note F. Canut ; *BJS* 2016, n° 11, p. 637, note G. Auzero.

⁴⁷⁰ CA Versailles, 18 févr. 2021, n° 20/01084, *BJT* 2021, n° 5, p. 24, note J. Crédoz-Rosier & C. Donetti ; *SSL* 2021, n° 1948, p. 11, note V. Bouissou.

⁴⁷¹ C. trav., art. L. 2312-15, al. 5 : « *en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité, le juge peut décider la prolongation du délai prévu au deuxième alinéa* » (nous soulignons).

⁴⁷² I. ODOUL-ASOREY, « La mise en conformité de la loi avec le droit européen à l'information appropriée des représentants du personnel », *Dr. ouvr.* 2020. 524.

entre les deux cas de figure est certaine⁴⁷³. L'unification du régime doit s'imposer⁴⁷⁴. Qu'il soit non informé ou insuffisamment informé, le comité social et économique doit pouvoir solliciter un report du point de départ du délai de consultation⁴⁷⁵.

58. Conclusion de paragraphe. L'action contentieuse du comité social et économique a fait l'objet d'une rationalisation. La sécurisation du temps de la procédure de consultation était recherchée. D'un contentieux éclaté, un contentieux unitaire a émergé. Il gravite autour de la seule information. Mais la sécurisation n'a pas eu lieu. Les actions des comités sociaux et économiques se sont multipliées. Elles naissent en l'absence de différend avéré, à titre conservatoire, pour faire face au caractère incertain de l'information délivrée ou qui reste à l'être. Ce recours anticipé au juge a suscité de nouvelles interrogations et a altéré le dispositif législatif.

59. Conclusion de section. Le rôle de l'information, à la fois substantiel et procédural, a été dessiné. Il atteste d'une consolidation de l'obligation d'information du comité social et économique, au service de sa consultation sur un projet de décision de l'employeur. Cette consolidation offre un moyen essentiel au comité social et économique pour contester la procédure de consultation irrégulière. Le recentrage de la procédure de consultation sur l'information du comité social et économique suppose toutefois que celle-ci lui soit accessible, ce qui est encore discutable.

⁴⁷³ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1008, p. 765 : « *La frontière entre caractère insuffisant de l'information n'empêchant pas l'écoulement du délai et carence d'information ne permettant pas de considérer qu'il a commencé à s'écouler risque, dans certains cas, d'être délicate à tracer* ».

⁴⁷⁴ H. NASOM-TISSANDIER, « Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix », *RJS* 2021. 279 : « *Ne pourrait-on (...) considérer qu'en toute hypothèse, dès lors que le juge considère que l'information a été insuffisante, le délai préfix ne peut être considéré comme ayant couru, et par conséquent le comité ne peut être réputé avoir rendu un avis négatif ?* ».

⁴⁷⁵ *Rappr.* TGI Nanterre, réf., 18 janv. 2017, n° 17/00057, *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *RJS* 2017. 204 ; *SSL* 2017, n° 1753, p. 14 : « *Faute d'information suffisante, il convient de faire droit à la demande d'information et de constater que le point de départ du délai de consultation n'a pas commencé à courir* » (nous soulignons).

Section 2. L'information d'accessibilité contrainte

60. L'accessibilité de l'information par le comité social et économique est imparfaite. Le support de référence de cette information est la base de données économiques, sociales et environnementales, laquelle a pour but d'améliorer cette accessibilité. Les liens entre la base de données et le comité social et économique sont vigoureux, car l'existence de la base de données est tributaire de celle du comité⁴⁷⁶. Des contraintes matérielles d'accès à l'information présente sur la base de données sont à relever (§1), malgré les contreparties intellectuelles consacrées pour pallier ces difficultés (§2).

§1. Les contraintes matérielles

61. Rationalisation et simplification de l'information. Quiconque entreprend une lecture exhaustive des textes relatifs à la base de données économiques, sociales et environnementales, s'expose à une chute de cheveux prématurée⁴⁷⁷. Cette base de données apparaît comme un « *fardeau de plus* »⁴⁷⁸. Sa construction est laborieuse⁴⁷⁹. Elle visait pourtant un idéal de simplification⁴⁸⁰. Victime d'une réelle dispersion⁴⁸¹,

⁴⁷⁶ Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 19-20.123, *Bull. civ.* V ; *Dr. soc.* 2022. 184, obs. F. Petit ; *D.* 2021. 2093 ; *JCP S* 2021. 1309, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP G* 2021. 1271 ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 42, p. 33 ; *BJT* 2022, n° 1, p. 32, note G. François ; *SSL* 2021, n° 1976, p. 15.

⁴⁷⁷ C. trav., art. L. 2312-21 et s. ; C. trav., art. R. 2312-7 et s.

⁴⁷⁸ A. LAURENS, « Base de données économiques et sociales et consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques », *JCP S* 2015. 1340 : « *La BDES peut être vécue par les entreprises comme un fardeau de plus, vecteur de contraintes et sources de coûts* » ; Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 14 : « *ce document, alors qu'il pourrait utilement nourrir les consultations et négociations, est souvent vécu comme un exercice formel et une obligation contraignante* ».

⁴⁷⁹ S. BÉROUD, K. GUILLAS-CAVAN & C. VINCENT, « "Les CE sont morts, vivent les CSE" ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *Revue de l'IRES* 2018, n° 94, p. 3, spéc. p. 21.

⁴⁸⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164 : « *L'innovation que constitue la BDES semble avoir plusieurs vertus : conforter le lien entre consultation et information, ouvrir la voie à de nouvelles formes d'information, constituer une tentative de simplification de l'information récurrente du comité d'entreprise* ».

⁴⁸¹ F. GÉA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une "culture de la confiance" ? », *Dr. soc.* 2013. 717 : « *Il est certain que l'information obligatoire du comité d'entreprise, notamment dans les domaines économique, financier et social, fait l'objet d'une réelle dispersion à travers des rapports ou documents distincts* ».

l'information du comité social et économique nécessitait une rationalisation⁴⁸². Celle-ci passait par une centralisation de l'information sur un support⁴⁸³. Le progrès était double : la base de données était unique et devait permettre une accessibilité accrue des informations⁴⁸⁴. Elle apparaissait aussi comme une contrepartie à l'introduction des délais de consultation⁴⁸⁵. L'idée, née de négociations interprofessionnelles⁴⁸⁶, a été entérinée par le législateur⁴⁸⁷. Le champ de la base de données a évolué successivement⁴⁸⁸. Support des informations pour la consultation sur les orientations

⁴⁸² F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 880, p. 822.

⁴⁸³ H. TISSANDIER, « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2015. 889 : « *La simplification vient essentiellement du support* » ; F. PETIT, « Les nouvelles attributions économiques des comités d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 482 : « *D'une information segmentée et séquentielle, le représentant du personnel passe à une information globale et cohérente. En lui procurant une vision d'ensemble, elle devrait permettre l'amélioration du dialogue social* ».

⁴⁸⁴ I. ODOUL-ASOREY, « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *RDT* 2013. 192 : « *La BDES favoriserait l'intégration dans une démarche de gestion prévisionnelle, tant sur le plan matériel (support de données), que sur le plan fonctionnel (présentation de données)* » ; F. GÉA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtit une "culture de la confiance" ? », *Dr. soc.* 2013. 717 : « *Face à ce foisonnement, dans lequel il n'est pas certain que les membres du comité d'entreprise eux-mêmes s'y retrouvent toujours, la réforme vise à réunir toute une série d'informations faisant l'objet d'une transmission récurrente, dans le but affiché de les rendre plus lisibles et plus accessibles* ».

⁴⁸⁵ ANI du 11 janv. 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 12, § 4 : « *compte tenu de l'exhaustivité des informations à disposition des institutions représentatives du personnel figurant obligatoirement dans le document unique prévu ci-dessus, un délai préfixe est laissé aux institutions représentatives du personnel par le code du travail - sauf accord entre l'employeur et l'institution représentative du personnel concernée - pour faire connaître leur avis* » ; CERCLE MAURICE COHEN, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *RDT* 2019. 428 : « *La mise à disposition aux représentants du personnel d'une information plus complète, notamment sur la stratégie de l'entreprise et l'organisation d'un meilleur accès à cette information, constituait donc la contrepartie à une limitation des durées de consultation des institutions représentatives du personnel, désormais enfermées dans des délais conventionnels ou réglementaires restreints* ».

⁴⁸⁶ ANI du 11 janv. 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 12, § 1 : « *les parties signataires conviennent qu'une base de données unique sera mise en place dans l'entreprise et mise à jour régulièrement, regroupant et rationalisant exhaustivement les données existantes et sans remettre en cause les attributions des représentants du personnel* » (nous soulignons).

⁴⁸⁷ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 872, p. 870 : « *Ce dispositif a été rendu obligatoire par la loi du 14 juin 2013, afin de faciliter l'accès à l'information des représentants du personnel. Plus besoin d'attendre que l'employeur communique les informations : ils disposent en permanence d'une photographie de la situation économique et sociale de l'entreprise* ».

⁴⁸⁸ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 426, p. 372 : « *Cette dernière est ainsi devenue l'outil de référence s'agissant des informations régulières dont le comité social et économique doit être destinataire pour exercer pleinement le rôle que le législateur lui confie* ».

stratégiques de l'entreprise⁴⁸⁹, elle a été étendue aux autres consultations récurrentes⁴⁹⁰, ainsi qu'aux éléments d'information transmis de manière récurrente au comité social et économique⁴⁹¹. Désormais, un accord collectif peut prévoir que la base de données sera le support informationnel des consultations ponctuelles⁴⁹², à rebours de la position originelle des partenaires sociaux⁴⁹³. La base de données économiques, sociales et environnementales est devenue la « *pierre angulaire* »⁴⁹⁴ de l'information du comité social et économique⁴⁹⁵. Les aménagements conventionnels possibles vont en ce sens⁴⁹⁶. La base de données répond à un impératif : l'exercice utile des attributions du comité social et économique⁴⁹⁷. Elle doit être fonctionnelle, et les informations y figurant, accessibles⁴⁹⁸. Or, le glissement d'une base de données à une base documentaire s'est produit (I), et participe à mettre au jour des conditions temporelles

⁴⁸⁹ C. trav., art. L. 2323-7-1, al. 3, anc. : « *La base de données (...) est le support de préparation de cette consultation* » ; ANI du 11 janv. 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 12, § 1 : « *Elle est le support de la préparation par l'employeur de la consultation des institutions représentatives du personnel sur les options stratégiques de l'entreprise et sur leurs conséquences* ».

⁴⁹⁰ C. trav., art. L. 2312-18, al. 1 ; C. trav., art. R. 2312-7 : « *La base de données (...) permet la mise à disposition des informations nécessaires aux trois consultations récurrentes* ».

⁴⁹¹ C. trav., art. L. 2312-18, al. 2.

⁴⁹² C. trav., art. L. 2312-21, al. 3.

⁴⁹³ ANI du 11 janv. 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 12, § 1 : « *Elle ne se substitue pas aux informations données aux élus et aux représentants syndicaux en vue de leur consultation sur des événements ponctuels* ». L'administration adoptait la position des signataires de l'ANI (v. Circ. DGT n° 2014-1, 18 mars 2014, Fiche 1, pt. 1.1 : « *Les informations transmises de manière ponctuelle au comité d'entreprise (par exemple, le plan de sauvegarde de l'emploi) n'ont pas à être mises à disposition dans la base de données économiques et sociales* »).

⁴⁹⁴ S. SERENO, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 402.

⁴⁹⁵ A. LAURENS, « Base de données économiques et sociales et consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques », *JCP S* 2015. 1340 : « *Au-delà de son rôle initial de support de l'obligation de consultation sur les orientations stratégiques, la BDES est amenée à devenir le réceptacle de l'ensemble des informations transmises de manière périodique au comité d'entreprise ; elle a vocation à s'y substituer* ».

⁴⁹⁶ S. GUEDES DA COSTA & C. MICHAUD, « La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 », *JCP S* 2018. 1170 ; S. BÉAL & M. MARGUERITE, « Le comité social et économique : attributions », *JCP S* 2017. 1587 ; S. SERENO, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 402 : « *Une grande latitude est donnée aux partenaires sociaux pour reconfigurer la base et ainsi déterminer les informations utiles au regard des spécificités de chaque entreprise* ».

⁴⁹⁷ C. trav., art. L. 2312-21, al. 4 : « *L'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données sont tels qu'ils permettent au comité social et économique et, le cas échéant, aux délégués syndicaux d'exercer utilement leurs compétences* ».

⁴⁹⁸ Circ. DGT n° 2014-1, 18 mars 2014, Fiche 1, pt. 1.2 : « *la constitution de la base de données économiques et sociales vise notamment à présenter de manière plus intelligible, simple et dynamique les informations transmises de manière récurrente aux élus du comité d'entreprise* ».

d'étude de l'information impropres à une consultation de qualité du comité social et économique (II).

I. Le glissement d'une base de données à une base documentaire

62. Un dévoiement de la fonction originelle de la base. La base est originellement conçue comme une base de données et non comme une base documentaire⁴⁹⁹. La distinction repose sur l'accessibilité des éléments y figurant. Les données émergent à partir du traitement de documents et reposent sur un principe d'exploitation immédiate⁵⁰⁰. À l'inverse, les documents comportent des données brutes qui n'ont pas fait l'objet d'un traitement : ces données brutes sont exploitables de façon médiate. Or, l'objectif de la base était de faciliter la compréhension des informations par les élus du comité social et économique⁵⁰¹. Lorsqu'elle recèle davantage de documents que de

⁴⁹⁹ CERCLE MAURICE COHEN, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *RDT* 2019. 428 : « *La BDES doit être une véritable base de données et non une base documentaire* » ; N. FLEURY, K. GUILLAS-CAVAN & F. LERAIS, « Dialogue social sur la stratégie de l'entreprise : éléments de bilan et perspectives », *Revue de l'IRE* 2018, n° 94, p. 115, spéc. p. 129 : « *On est loin de l'ambition des promoteurs de la BDES, qui imaginaient cet outil comme une véritable base de données et non de documents ; données auxquelles les élus pourraient accéder par eux-mêmes au moyen d'une sorte de moteur de recherche* ».

⁵⁰⁰ Le modèle de base de données unique à adapter par la négociation aux spécificités de chaque entreprise, élaboré par le syndicat CFDT, satisfaisait ce principe d'exploitation immédiate de données.

⁵⁰¹ La base de données économiques, sociales et environnementales devait permettre de « *présenter, en la synthétisant, l'importante documentation remise au comité social et économique pour faciliter sa compréhension par les représentants du personnel* » (M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 853, p. 654) ; Circ. DGT n° 2014-1, 18 mars 2014, Fiche 2, pt. 2 : « *La base de données économiques et sociales (...) est un élément essentiel conçu par les partenaires sociaux signataires de l'ANI pour faciliter l'exploitation et l'appropriation par les élus des informations* ».

données⁵⁰², sa finalité est détournée⁵⁰³. Le constat est régulièrement fait⁵⁰⁴. Véritable puits sans fond⁵⁰⁵, la base est parfois devenue une « *base documentaire avec des fichiers peu exploitables* »⁵⁰⁶. Le support de référence de l'information du comité social et économique est « *volumineux, rigide, difficile à exploiter* »⁵⁰⁷ pour celui-ci, contrairement à la fonction originelle qui lui était assignée⁵⁰⁸.

63. Une présomption d'information critiquable. Malgré cela, une présomption d'information du comité social et économique est tirée de la mise à disposition par l'employeur sur la base de données de l'information à remettre au comité⁵⁰⁹. Deux conditions doivent toutefois être remplies : l'information doit être mise à jour et accompagnée d'éléments d'analyse ou d'explication⁵¹⁰. Les textes réglementaires du code du travail relatifs à la base de données précisent que ces conditions s'appliquent lorsque ledit code le prévoit⁵¹¹. Mais le code du travail ne prévoit rien de tel, de sorte

⁵⁰² En atteste une étude réalisée auprès de plus de 800 élus siégeant au sein d'institutions représentatives du personnel mises en place dans des entreprises de toutes tailles couvrant au total 2,6 millions de salariés. Selon cette étude, appréhender l'information délivrée dans la base de données économiques, sociales et environnementales « *suppose une recherche de données dans des documents* » pour près de 60% des élus interrogés. La base est constituée de « *données directement exploitables* » que dans près de 30% des cas (v. CERCLE MAURICE COHEN, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *RDT* 2019. 428).

⁵⁰³ S. BÉROUD, K. GUILLAS-CAVAN & C. VINCENT, « “Les CE sont morts, vivent les CSE” ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *Revue de l'IRES* 2018, n° 94, p. 3, spéc. p. 21.

⁵⁰⁴ IRES, *Évolution des comités d'entreprise : effets et usages des nouveaux outils de consultation issus de la Loi de Sécurisation de l'Emploi (LSE)*, Rapport, 2016, p. 126 ; Y. STRUILLOU & A. COURRY, « Les acteurs ont la main pour définir des dispositifs correspondant à leurs attentes et à leurs besoins », *SSL* 2014, n° 1636, p. 3 : « *Il y a bien évidemment des degrés de maturation différents selon les entreprises. Certaines ont mis en place des systèmes de simple gestion documentaire* » (nous soulignons).

⁵⁰⁵ E. RICHARD, « La loi *Sécurisation de l'emploi* instaure-t-elle de “nouveaux droits collectifs” ? », *Dr. ouvr.* 2013. 530.

⁵⁰⁶ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 853, p. 654.

⁵⁰⁷ S. SERENO, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 402.

⁵⁰⁸ Étude d'impact, *Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, 27 juin 2017, p. 14 : « *Il en résulte que ce document, alors qu'il pourrait utilement nourrir les consultations et négociations, est souvent vécu comme un exercice formel et une obligation contraignante, lourde, dont les représentants du personnel eux-mêmes peinent à se saisir pour analyser et interpréter les données très volumineuses dont ils disposent* ».

⁵⁰⁹ C. trav., art. R. 2312-14.

⁵¹⁰ C. trav., art. R. 2312-14.

⁵¹¹ C. trav., art. R. 2312-11, al. 2 : « *Les éléments d'information sont régulièrement mis à jour, au moins dans le respect des périodicités prévues par le présent code* » ; C. trav., art. R. 2312-14, 2^o : « *L'employeur met à disposition des membres du comité social et économique les éléments d'analyse ou d'explication lorsqu'ils sont prévus par le présent code* ».

que l'expression apparaît superfétatoire. Une approche finaliste de l'information du comité social et économique doit être adoptée⁵¹², car la base est le support d'une information utile⁵¹³. L'information brute, sans éléments d'analyse ou d'explication, n'apparaît pas suffisante à satisfaire cette exigence⁵¹⁴. L'intégration de l'information dans la « *bureaucratique* »⁵¹⁵ base de données ne suffit pas si le comité social et économique est impuissant à en évaluer la portée⁵¹⁶. L'appropriation de l'information documentaire relève de la gageure⁵¹⁷. La « *chimère digitale* »⁵¹⁸ n'est pas loin⁵¹⁹. L'information économique pouvant être obscure, l'employeur doit éclaircir l'information mise à disposition, même si le code du travail ne le mentionne pas expressément⁵²⁰. L'appauvrissement de l'information du comité social et économique

⁵¹² S. BROTONS, « Quelle place pour la BDES dans le contentieux des PSE ? », note ss. CAA Versailles, 9 févr. 2021, n° 20VE02948, *SSL* 2021, n° 1942, p. 11.

⁵¹³ C. trav., art. L. 2312-21, al. 4 et R. 2312-12.

⁵¹⁴ Circ. DGT n° 2014-1, 18 mars 2014, Fiche 1, pt. 1.1 : « *si d'autres informations complémentaires s'avèrent utiles à la consultation sur les orientations stratégiques, elles sont mises à disposition dans la base de données* » ; Comp. E. RICHARD, « La loi *Sécurisation de l'emploi* instaure-t-elle de « nouveaux droits collectifs » ? », *Dr. ouvr.* 2013. 530 : « *Encore une fois, la loi instaure une présomption : indépendamment du type d'informations qui figurent effectivement dans la base de données, de leur caractère plus ou moins pertinent et exploitable, le comité sera réputé informé* » ; Contra F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 312, p. 212 : « *l'employeur livre au comité d'entreprise des données brutes que celui-ci collecte. Il n'a pas à lui communiquer un savoir spécifique (...), mais une matière brute que le comité d'entreprise devra analyser, organiser et systématiser pour se forger un avis sur la pertinence du projet de l'employeur* ».

⁵¹⁵ P. ROZEC, « Données économiques et responsabilité. Répression (dé)passée et responsabilisation pratique », *JCP S* 2020. 2031.

⁵¹⁶ G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.

⁵¹⁷ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 833, p. 379 : « *la base constituée risque de devenir, en pratique, difficilement utilisable par le représentant du personnel qui n'est pas familier des données qui y sont portées (et ne l'est peut-être même pas de l'espace informatique dans lequel il est censé "naviguer")* ».

⁵¹⁸ IRES, *Évolution des comités d'entreprise : effets et usages des nouveaux outils de consultation issus de la Loi de Sécurisation de l'Emploi (LSE)*, Rapport, 2016, p. 125.

⁵¹⁹ V. DROCHON, *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, LexisNexis, 2017, n° 347, p. 210 : « *La précision des informations n'est pas de nature à améliorer la compréhension du comité d'entreprise, abreuvé de données chiffrées commentées dans un langage inaccessible, confronté à la difficulté d'assimilation née du caractère rétrospectif des documents comptables et aux éventuelles lacunes pédagogiques de la direction. L'articulation des informations et, par voie de conséquence, leur analyse sont rendues impossibles* ».

⁵²⁰ CERCLE MAURICE COHEN, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *RDT* 2019. 428.

depuis l'entrée en vigueur de la base de données le justifie, tout comme la confusion des temps d'information et de consultation⁵²¹.

II. Une confusion des temps d'information et de consultation

64. Déperdition et confusion. Les difficultés s'accroissent lorsqu'il s'agit, pour le comité social et économique, d'appréhender l'information. Auparavant reçue de l'employeur, elle doit désormais être trouvée par le comité social et économique dans la base de données⁵²². La logique est inversée. Hier, les élus du comité social et économique recevaient les informations en main propre de l'employeur ; aujourd'hui, ils doivent chercher l'information dans la base de données⁵²³. Outre le temps perdu⁵²⁴, un risque de déperdition d'informations n'est pas à écarter⁵²⁵. Le risque est d'autant plus grand que l'appréhension de l'information sur la base de données est temporellement contrainte par une confusion des temps. Le temps de l'information se confond avec le temps de la consultation⁵²⁶. Les temps de la réception de l'information,

⁵²¹ En atteste une étude réalisée auprès de plus de 800 élus siégeant au sein d'institutions représentatives du personnel mises en place dans des entreprises de toutes tailles couvrant au total 2,6 millions de salariés. Selon cette étude, l'accès à l'information depuis l'introduction de la base de données est « *inchangé* » pour près de 46% des élus interrogés et « *moins bon* » pour près de 43% d'entre eux. Pour près de 85% des élus interrogés, l'information n'est ni plus complète ni de meilleure qualité depuis l'entrée en vigueur de la base de données (v. CERCLE MAURICE COHEN, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *RDT* 2019. 428) ; Adde S. BÉROUD, K. GUILLAS-CAVAN & C. VINCENT, « “Les CE sont morts, vivent les CSE” ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *Revue de l'IRE* 2018, n° 94, p. 3, spéc. p. 21 : « *les difficultés d'appropriation des données économiques par les élus, préexistantes à la création de la BDES, sont renforcées par la nature de l'outil* » (nous soulignons).

⁵²² L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470 : « *d'une information reçue, on passe (...) à une information qu'il faut trouver* ».

⁵²³ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 14^e éd., LGDJ, 2019, n° 1198, p. 667 : « *La mise en place de la BDES inverse la logique antérieure : c'est aux élus d'aller chercher l'information alors qu'auparavant elle devait leur être remise périodiquement en fonction de l'objet de la consultation à venir* ».

⁵²⁴ L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470 : « *à la différence des informations remises en main propre, qui sont immédiatement consultables, les élus devront aller chercher sur la base de données les informations dont on les aura informés qu'elles sont disponibles* ».

⁵²⁵ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 14^e éd., LGDJ, 2019, n° 1198, p. 667.

⁵²⁶ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 999, p. 757 : « *à la différence des informations remises en main propre qui sont immédiatement consultables, les élus doivent aller chercher sur la base de données les informations lorsque l'employeur les a informés qu'elles sont disponibles. On passe donc dans cette hypothèse d'une information reçue à une information qu'il faut trouver* ».

de son traitement et de son analyse, sont fondus dans le délai de consultation du comité social et économique⁵²⁷. Le délai de compréhension de l'information en est réduit d'autant, ce qui peut altérer l'effet utile de la consultation⁵²⁸. Les accords collectifs prévoyant un délai entre la remise de l'information et le point de départ du délai de consultation sont salutaires, car ils permettent de restaurer un temps d'information distinct du temps de la consultation du comité social et économique⁵²⁹.

65. Conclusion de paragraphe. Les contraintes matérielles d'accès à l'information s'expliquent principalement par un dévoiement de la fonction originelle de la base de données économiques, sociales et environnementales, laquelle s'apparente davantage à un recueil documentaire numérique qu'à un support fonctionnel de données tourné vers l'effet utile de la consultation du comité social et économique. L'appropriation de l'information par le comité social et économique est d'autant plus compromise que la recherche de l'information dans la base de données ne suspend pas le délai de consultation du comité. L'effet utile de la consultation n'en sort pas indemne. Le recours à l'expertise permet toutefois de minorer partiellement ces difficultés.

§2. Les contreparties intellectuelles

66. En réduisant l'asymétrie d'information qui existe entre l'employeur et le comité social et économique, l'expertise est une composante de la participation du second (I). Elle permet aussi d'élargir le champ de l'information dont le comité social et économique dispose (II).

⁵²⁷ L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470.

⁵²⁸ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 999, p. 757 : « le temps consacré à l'étude de l'information est amputé d'autant, ce qui par ricochet atteint le caractère utile de la consultation ».

⁵²⁹ Faire courir le délai de consultation à compter de la première réunion du comité social et économique s'inscrit dans la même logique si les informations sont remises avant celle-ci (v. en ce sens, PAGES JAUNES SA, Accord collectif relatif à la mise en place du comité social et économique au sein de la société PagesJaunes SA, 2019, art. 2.1.2 : « Les délais d'information consultation courent à compter de la première réunion suivant la remise des documents »).

I. Une composante de la participation

67. Une asymétrie d'information contrebalancée. « *Moyen de contrôle et instrument de connaissance, thérapeutique sociale et instrument pédagogique* »⁵³⁰, l'expertise représente une contrepartie intellectuelle aux contraintes matérielles rencontrées par le comité social et économique⁵³¹. Elle est un « *élément central* »⁵³² de sa participation aux décisions économiques de l'entreprise⁵³³. Les experts sont devenus des acteurs incontournables dans la vie du comité social et économique⁵³⁴. D'un certain point de vue, le comité social et économique peut lui-même être qualifié d'expert⁵³⁵. Mais il ne peut appréhender le « *flot d'informations économiques* »⁵³⁶ dont il est le destinataire⁵³⁷. Il peut faire appel à trois types d'experts pour l'assister : l'expert

⁵³⁰ P. CAM, « Le droit à la lumière ou les ambivalences du savoir », *Travail et Emploi* 1990, n° 43, p. 9.

⁵³¹ B. TEYSSIÉ, « Le recours à un expert-comptable par le comité social et économique », *JCP S* 2021. 1072. Pour une perspective sociologique et historique, v. P. CRISTOFALO, *Syndicalisme et expertise. La structuration d'un milieu de l'expertise au service des représentants du personnel (de 1945 à nos jours)*, Thèse, Paris X, 2011.

⁵³² P.-Y. VERKINDT, « Quelle place pour l'expertise et les experts dans la représentation du personnel après les réformes de l'automne 2017 et du printemps 2018 ? », *RJS* 2018. 847 : « *l'accès de la représentation du personnel à la connaissance et à la maîtrise des informations qui lui sont données constitue un élément central du droit de la collectivité de travail de participer aux décisions qui la concernent au premier chef* ».

⁵³³ Au-delà de l'assise constitutionnelle, le droit européen fonde aussi le recours à l'expertise pour les représentants du personnel, au moins de manière implicite (en ce sens, v. Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 1, § 2, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029).

⁵³⁴ N. BOUFFIER & P. LAGESSE, « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2013. 126. Sur la multiplication des cas de recours à l'expertise, v. V. PICCOLI, « Le régime de l'expertise après les ordonnances du 22 septembre 2017 », *JCP S* 2017. 1354 : « *Ces dernières années, le législateur n'avait eu de cesse de déceler de nouvelles situations dans lesquelles les représentants du personnel pouvaient avoir besoin de l'assistance d'un expert pour exercer leurs missions, associant l'expertise à chaque nouvelle mesure prise en faveur du dialogue social. Entre juin 2013 et août 2015, huit nouveaux cas de recours ont ainsi été créés* ».

⁵³⁵ V. DROCHON, *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, LexisNexis, 2017, n° 22, p. 18 : « *les instances qu'il assiste sont considérées, à titre principal, comme expertes. Ce statut découle tant de la qualité de salarié de leurs membres que de la mise en œuvre des procédures d'information et de consultation au sein de l'entreprise et des nombreux moyens que la loi alloue aux élus pour l'exercice de leurs missions* » ; M. CARON, *L'expertise en droit social*, éd. ANRT, 2008, p. 82 et s.

⁵³⁶ V. DROCHON, *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, LexisNexis, 2017, n° 109, p. 61.

⁵³⁷ P. FERRACCI, « L'expertise et le conseil aux représentants du personnel et aux syndicats revus par les ordonnances », *SSL* 2017, n° 1790, p. 82 : « *s'ils sont ainsi souvent les meilleurs experts du travail, ils n'ont pas toujours toutes les compétences requises pour la compréhension des projets qui leur sont soumis* ».

habilité, l'expert libre, et l'expert-comptable⁵³⁸. L'expert habilité intervient dans des matières étrangères aux décisions économiques⁵³⁹. Comme son nom l'indique, l'expert libre est librement choisi par le comité, selon ses besoins⁵⁴⁰. L'expert-comptable doit davantage retenir l'attention. Sa principale mission est historiquement l'examen annuel des comptes⁵⁴¹. Mais son expertise ponctuelle est en expansion⁵⁴². Elle sert l'expression des intérêts des salariés dont le comité social et économique a la charge⁵⁴³. C'est pourquoi, entraver l'expert-comptable mandaté par le comité social et économique revient à entraver le comité lui-même⁵⁴⁴ : la jurisprudence est classique⁵⁴⁵. Outre son intervention pour les consultations récurrentes du comité social et économique, l'expert-comptable intervient en cas d'opérations de concentration, d'alerte économique, de licenciement collectif pour motif économique et d'offre publique d'acquisition⁵⁴⁶. Dans ces hypothèses, l'expert-comptable joue un « rôle clé »⁵⁴⁷ dans l'examen des informations dont dispose le comité social et économique⁵⁴⁸. Il favorise

⁵³⁸ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 883, p. 880.

⁵³⁹ C. trav., art. L. 2315-94. Sur cet expert, v. B. TEYSSIÉ, « L'expert habilité du comité social et économique », *JCP S* 2021. 1040.

⁵⁴⁰ C. trav., art. L. 2315-81.

⁵⁴¹ R. VATINET, « Les experts du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1166.

⁵⁴² D. BOULMIER, « Les experts-comptables du comité d'entreprise : état des lieux », *Dr. soc.* 2014. 745.

⁵⁴³ V. DROCHON, *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, LexisNexis, 2017, n° 342, p. 207. Le comité fait appel à l'expert pour que « l'information qui lui est transmise par le chef d'entreprise soit comprise et correctement interprétée, pour apprécier la situation de l'entreprise, pour donner un avis en connaissance de cause » (M. CARON, *L'expertise en droit social*, éd. ANRT, 2008, p. 185).

⁵⁴⁴ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1220, p. 896.

⁵⁴⁵ Cass. crim., 13 févr. 1990, n° 89-81.592, *Dr. soc.* 1991. 47, obs. M. Cohen ; Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 03-83.683, *SSL* 2004, n° 1194, p. 15 ; *Cah. soc.* 2005, n° 169, p. 182, note F.-J. Pansier.

⁵⁴⁶ C. trav., art. L. 2315-87 à L. 2315-92.

⁵⁴⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 884, p. 881.

⁵⁴⁸ Sans les expertises, « l'information pourrait n'être qu'une accumulation de données purement factuelles et la consultation pourrait être purement artificielle » (F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 448, p. 388).

sa compréhension de l'information⁵⁴⁹. L'inaccessible est rendu accessible⁵⁵⁰ ; l'asymétrie d'information entre l'employeur et le comité social et économique est partiellement gommée⁵⁵¹. L'expertise devient une « *condition de l'effectivité du droit des salariés à la participation* »⁵⁵². Elle est autant un moyen d'exercice de la participation du comité social et économique qu'une garantie de celle-ci⁵⁵³. Mais l'expertise a un coût.

⁵⁴⁹ P. RODIÈRE, « Rapport français », in *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLV, Litec, 1994, p. 549 : « *Expertise sonne ici avec la même signification qu'ailleurs ; chargé d'éclairer l'autre - le comité d'entreprise - à partir d'un savoir que celui-ci ne possède pas, l'expert occupe une position de force. Il doit aider le comité d'entreprise à formuler un avis éclairé et s'il ne dicte pas proprement cet avis, il pèsera néanmoins beaucoup sur son orientation* » ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1253, p. 755 : « *Une telle compréhension peut dans le meilleur des cas influencer la décision de l'employeur, et à tout le moins aider le comité social et économique à rendre des avis pertinents* » ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1189, p. 875.

⁵⁵⁰ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « *L'importance du rôle que peut jouer l'expert comptable est assez évidente, surtout si l'on tient compte du manque de formation économique souvent constaté chez les élus. Il peut, en effet, apporter une aide fort utile tant dans la formulation des besoins d'information (les élus ne connaissent bien ni la structure ni la signification exacte des documents qui doivent leur être communiqués) que dans le traitement de cette information visant à la traduire dans un langage mieux adapté* » ; K. GUILLAS-CAVAN & M. KAHMANN, « L'expert auprès des comités d'entreprise, acteur oublié des relations professionnelles », *Revue de l'IREs* 2018, n° 95, p. 155, spéc. p. 161.

⁵⁵¹ A. SUPIOT, « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et société* 1987, n° 6, p. 177 : « *Instruire et éduquer sont les deux faces indissociables de la mission de ces experts : instruire en faisant partager un savoir "objectif" sur l'entreprise, et par là-même éduquer, en insérant l'employeur et les représentants des salariés dans un cadre commun de références économiques et techniques* » ; C. LACOURCELLE, « Les experts auprès des CE, bête noire des employeurs ? », *Entreprise & Carrières* 2009, n° 941, p. 14 : « *ce spécialiste vient informer les élus et combler ainsi un déficit de connaissances* ».

⁵⁵² F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 448, p. 388 ; P.-Y. VERKINDT, « Quelle place pour l'expertise et les experts dans la représentation du personnel après les réformes de l'automne 2017 et du printemps 2018 ? », *RJS* 2018. 847 : « *L'expertise y apparaît alors comme la condition d'une consultation et d'un avis utiles et circonstanciés* » ; K. GUILLAS-CAVAN & M. KAHMANN, « L'expert auprès des comités d'entreprise, acteur oublié des relations professionnelles », *Revue de l'IREs* 2018, n° 95, p. 155, spéc. p. 158 : « *l'expertise économique est progressivement devenue consubstantielle à l'exercice des droits d'information-consultation du comité d'entreprise* ».

⁵⁵³ S. MRAOUAHI, « L'expert du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 617 ; P.-Y. VERKINDT, « Quelle place pour l'expertise et les experts dans la représentation du personnel après les réformes de l'automne 2017 et du printemps 2018 ? », *RJS* 2018. 847 : « *L'expert, par le décodage des informations descendant émanant de la direction et l'expression rationalisée de l'information montant en provenance du travail tel qu'il se fait, me paraît être une pièce essentielle de la complétude du principe constitutionnel de participation* ».

68. Le financement de l'expertise : une responsabilisation de la représentation.

La prise en charge des frais d'expertise a évolué⁵⁵⁴. Hors expertise libre⁵⁵⁵, aucune imputation sur le budget de fonctionnement du comité social et économique n'avait traditionnellement lieu⁵⁵⁶. Ce principe a été écorné⁵⁵⁷. La responsabilisation des représentants du personnel était recherchée⁵⁵⁸. Réguler le marché de l'expertise l'était aussi⁵⁵⁹. Pour un auteur, l'impact financier de l'expertise devait faire méditer le comité social et économique sur le recours à celle-ci⁵⁶⁰. C'est pourquoi, le cofinancement de l'expertise est devenu le principe⁵⁶¹. Le coût de l'expertise devient partagé entre l'employeur et le comité social et économique dans nombre d'hypothèses⁵⁶². Dans sa première version, le dispositif législatif excluait de fait certains comités du recours à l'expertise⁵⁶³, faute de moyens financiers⁵⁶⁴. À la responsabilisation des comités sociaux et économiques succédait la suppression de l'expertise pour certains d'entre

⁵⁵⁴ V. DROCHON, *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, LexisNexis, 2017, n° 495, p. 301 et s.

⁵⁵⁵ C. trav., art. L. 2315-81 : « le comité social et économique peut faire appel à tout type d'expertise rémunérée par ses soins pour la préparation de ses travaux ».

⁵⁵⁶ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER & P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, 1^e éd., Dalloz, 2018, n° 553.41, p. 949 : « la tradition française était, jusqu'à une date récente, celle de la prise en charge intégrale de la rémunération de l'expert par l'entreprise ».

⁵⁵⁷ E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1254, p. 755.

⁵⁵⁸ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 65, D. 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; RDT 2018. 666, obs. V. Champeil-Desplats ; Cah. soc. 2018, n° 306, p. 184 ; JCP S 2018. 1181, note C.-A. Célénice ; SSL 2018, n° 1809, p. 2, obs. M. Caro : « En adoptant ces dispositions, le législateur a entendu souligner la responsabilité du comité social et économique en matière de recours à l'expertise » ; V. PICCOLI, « Le régime de l'expertise après les ordonnances du 22 septembre 2017 », JCP S 2017. 1354.

⁵⁵⁹ Rapport au Président de la République, Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JORF n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 30.

⁵⁶⁰ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 899, p. 414 ; B. TEYSSIÉ, « Le recours à un expert-comptable par le comité social et économique », JCP S 2021. 1072 : « Assumer la charge financière attachée à l'intervention d'un expert incite toujours à réfléchir à sa pertinence ».

⁵⁶¹ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 454, p. 391.

⁵⁶² C. trav., art. L. 2315-80, 2°.

⁵⁶³ C. trav., art. L. 2315-80, anc.

⁵⁶⁴ M. VÉRICEL, « Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise », Dr. soc. 2018. 924 : « étant donné la faiblesse des budgets des comités dans les entreprises d'une certaine de salariés, le risque est important que ces instances soient, en pratique, privées de la possibilité de recourir à l'expertise » ; E. BLEDNIAK, « Le CSE : la lettre n'honore pas les promesses », SSL 2017, n° 1782, p. 11 : « Pour tous ceux dont la taille est trop petite, la quote-part du coût d'expertise ne pourra pas être financée » ; Adde M. VÉRICEL, « Le comité social et économique et l'urgence », RJS 2020. 879.

eux⁵⁶⁵. La constitutionnalité du texte au regard des principes de participation et d'égalité devant la loi était douteuse⁵⁶⁶. Le législateur a donc modifié la loi⁵⁶⁷ : lorsque le budget de fonctionnement du comité social et économique est insuffisant pour couvrir le coût de l'expertise, la prise en charge de l'employeur est désormais totale⁵⁶⁸. L'élargissement du champ de l'information du comité social et économique au travers de l'expertise est préservé.

II. Un outil d'élargissement du champ de l'information

69. Un accès renforcé à l'information. Le choix du législateur de permettre au comité social et économique de recourir à un expert-comptable est singulier⁵⁶⁹. Il s'agit

⁵⁶⁵ P. FERRACCI, « L'expertise et le conseil aux représentants du personnel et aux syndicats revus par les ordonnances », *SSL* 2017, n° 1790, p. 82 : « la contrainte du cofinancement, synonyme, dans bien des cas, de disparition pure et simple ».

⁵⁶⁶ E. BLEDNIAK, « Le CSE : la lettre n'honore pas les promesses », *SSL* 2017, n° 1782, p. 11 : « Cette situation, à notre sens aberrante, interroge la légalité et la constitutionnalité du texte au regard du principe d'égalité devant la loi » ; Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 64, *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 666, obs. V. Champeil-Desplats ; *Cah. soc.* 2018, n° 306, p. 184 ; *JCP S* 2018. 1181, note C.-A. Célénice ; *SSL* 2018, n° 1809, p. 2, obs. M. Caro : « Les requérants soutiennent que ces dispositions, en ce qu'elles instituent un dispositif de cofinancement par le comité social et économique, dont les modalités seraient insuffisamment précises, méconnaîtraient les exigences constitutionnelles de participation des travailleurs ainsi que de protection de la santé. Elles contreviendraient également au principe d'égalité devant la loi, au détriment des comités sociaux et économiques dont le budget est modeste » (nous soulignons).

⁵⁶⁷ L. n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0076, 31 mars 2018, texte n° 1.

⁵⁶⁸ Le budget de fonctionnement ne doit pas avoir donné lieu à un transfert d'excédent annuel au budget destiné aux activités sociales et culturelles au cours des trois années précédentes (C. trav., art. L. 2315-80, 3°). Un accord peut toujours prévoir une prise en charge intégrale de l'expertise, par exemple s'agissant de l'information-consultation relative aux orientations stratégiques (en ce sens, v. ALCATEL-LUCENT INTERNATIONAL, Accord d'entreprise relatif à la mise en place du comité social et économique au sein d'Alcatel-Lucent International, 2018, titre 4, art. 1.1 : « Les coûts afférents à l'expertise votée sont pris en charge intégralement par la Direction »).

⁵⁶⁹ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 342, p. 444 : « le législateur n'a-t-il pas poursuivi un but précis lorsqu'il a choisi de faire assister le comité d'entreprise par un expert comptable et non par tout conseiller économique de son choix ? La profession d'expert comptable se trouve être une profession réglementée et le cadre de cette réglementation devra donc être respecté ».

d'une profession réglementée⁵⁷⁰. Le cadre de la profession doit être respecté⁵⁷¹, ce qui permet une accessibilité accrue de l'expert-comptable aux documents de l'entreprise⁵⁷². L'expert-comptable est soumis à une obligation de secret et de discrétion, au même titre que les élus du comité social et économique⁵⁷³, à laquelle s'ajoute le secret professionnel tenant à ses fonctions⁵⁷⁴. Le caractère confidentiel des informations détenues par l'employeur ne peut lui être opposé⁵⁷⁵. Ses pouvoirs d'investigation sont conséquents⁵⁷⁶. L'expert-comptable peut accéder aux mêmes documents que le commissaire aux comptes⁵⁷⁷. Sa mission porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier, social ou environnemental nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise⁵⁷⁸. Il en résulte que l'expert-comptable dispose d'un pouvoir d'investigation supérieur à celui du commissaire aux comptes⁵⁷⁹. Il a aussi libre accès dans l'entreprise pour les besoins de sa mission⁵⁸⁰, et

⁵⁷⁰ L. du 3 avr. 1942 instituant l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés et réglementant les titres et les professions d'expert-comptable et de comptable agréé, *JORF* n° 0093, 18 avr. 1942, p. 1473. Sur la naissance de la profession, v. J.-G. DEGOS, « Les années sombres de l'Ordre des experts-comptables : quelques textes oubliés », in *L'entreprise, le chiffre et le droit*, Bordeaux, J.-G. Degos & S. Trébuçq, 2005, p. 173.

⁵⁷¹ CSOEC, *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014, p. 26 : « Le schéma général du référentiel normatif du professionnel de l'expertise comptable s'applique quel que soit le mode d'exercice de la profession. Ce cadre de référence définit la nature des différentes missions du professionnel de l'expertise comptable ainsi que les principes applicables à ces missions ».

⁵⁷² C. GUILLAUME & B. MOURET, « Les élus de comité d'entreprise : de l'institutionnalisation à la professionnalisation ? », *Revue de l'IRES* 2004, n° 44, p. 39 : « Au-delà de l'hétérogénéité des situations, les apports de l'expertise sont multiples. Elle permet d'obtenir des informations méconnues et sur un champ plus large (par exemple le groupe), d'avoir une vue globale et de prendre du recul ».

⁵⁷³ C. trav., art. L. 2315-84.

⁵⁷⁴ D. n° 2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable, art. 147, *JORF* n° 0078, 31 mars 2012, texte n° 37.

⁵⁷⁵ Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-18.228, *Bull. civ.* V, n° 286 ; D. 2010. 155 ; *JCP S* 2010. 1085, note J.-Y. Kerbourc'h ; *RJS* 2010. 270 ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 79, p. 34, note B. Boubli.

⁵⁷⁶ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 130, p. 81 : « Pour se voir bornés par l'objet de sa mission, les pouvoirs d'investigation reconnus à l'expert n'en demeurent pas moins largement conçus » ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 886, p. 881.

⁵⁷⁷ C. trav., art. L. 2315-90 et L. 2315-93, al. 1 ; *Adde* C. com., art. L. 823-13 et L. 823-14.

⁵⁷⁸ C. trav., art. L. 2315-89.

⁵⁷⁹ I. TARAUD, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.* 2013. 121 : « Dans les groupes ou en présence de montages financiers caractérisant une imbrication forte entre plusieurs entreprises au plan économique et financier, la jurisprudence adopte donc une conception large du pouvoir d'investigation de l'expert, complétée par le mécanisme de la production forcée de pièces, sous astreinte, de sorte que les moyens d'investigation reconnus à l'expert puissent désormais dépasser si besoin ceux des commissaires aux comptes, sur lesquels ils étaient à l'origine calqués ».

⁵⁸⁰ C. trav., art. L. 2315-82.

peut accéder à la base de données économiques, sociales et environnementales⁵⁸¹. L'expert-comptable a connaissance de documents qui sont inconnus du comité social et économique⁵⁸², qui reste empêché « *par les frontières juridiques des sociétés* »⁵⁸³. L'expert-comptable peut demander des informations relatives aux entreprises du groupe situées à l'étranger lorsque rien n'établit que la société de droit français ne pouvait pas les recueillir elle-même pour les lui communiquer⁵⁸⁴. En cas d'opération de concentration, il a accès aux documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération⁵⁸⁵. S'il éprouve des difficultés dans l'obtention de ces informations, le recours au juge des référés lui est ouvert⁵⁸⁶. Or, lui seul est compétent pour déterminer les informations nécessaires à la réalisation de sa mission⁵⁸⁷. Le juge n'a pas ce pouvoir⁵⁸⁸. Les documents sollicités par l'expert-comptable doivent toutefois rentrer dans sa mission⁵⁸⁹. L'abus de droit est la seule limite⁵⁹⁰. Cet accès élargi de l'expert-

⁵⁸¹ CSOEC, *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014, p. 35 : « *L'expert-comptable sollicité par le comité d'entreprise utilisera en tant que de besoin les informations contenues dans cette base. L'accès aux informations utiles à l'expert-comptable dans la mise en œuvre de sa mission ira naturellement au-delà du contenu de cette base* ».

⁵⁸² M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1189, p. 876 : « *L'expert-comptable (...) a des pouvoirs d'investigation que n'a pas le comité. Il a accès à des documents inconnus des représentants du personnel* » ; CSOEC, *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014, p. 36 et s.

⁵⁸³ I. TARAUD, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.* 2013. 121.

⁵⁸⁴ Cass. soc., 27 nov. 2001, n° 99-21.903, *Bull. civ. V*, n° 367 ; *RJS* 2002. 194 ; *D.* 2002. 253 ; *RTD com.* 2002. 311, obs. C. Champaud & D. Danet ; *Dr. soc.* 2002. 164, obs. G. Couturier ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 43, p. 25 ; Cass. soc., 5 févr. 2020, n° 18-24.174, *RJDA* 2020. 374 ; *BJS* 2020, n° 5, p. 27, note G. Auzero.

⁵⁸⁵ C. trav., art. L. 2315-93, al. 2.

⁵⁸⁶ Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-26.964, *Bull. civ. V*, n° 89 ; *D.* 2014. 2374, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2014. 566, obs. F. Signoretto ; *SSL* 2014, n° 1628, p. 13, note M. Mourat ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 177, p. 5, note G. Teboul ; *BJS* 2014, n° 6, p. 378, note J.-F. Barbiéri ; *Cah. soc.* 2014, n° 263, p. 306 ; *JCP S* 2014. 1334, note L. Dauxerre.

⁵⁸⁷ C. trav., art. R. 2315-45 ; Cass. soc., 13 mai 2014, n° 12-25.544, *Bull. civ. V*, n° 113 ; *RJS* 2014. 575 ; *Cah. soc.* 2014, n° 264, p. 369 ; *BJS* 2014, n° 9, p. 499, note T. Granier & A. Bugada ; *SSL* 2014, n° 1632, p. 15 ; *JCP E* 2014. 406 ; Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-17.658, *Bull. civ. V*, n° 175 ; *RTD com.* 2016. 169, obs. F. Macorig-Venier ; *RDS* 2017. 378, note F. Petit ; *D.* 2016. 1935 ; *RJS* 2016. 787 ; *BJE* 2017, n° 1, p. 43, note A. Donnette-Boissière ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 35, p. 38 ; *Cah. soc.* 2016, n° 290, p. 552 ; *BJS* 2016, n° 12, p. 704, note G. Auzero ; *SSL* 2016, n° 1738, p. 15 ; *JCP S* 2016. 1395, note J.-B. Cottin : « *il appartient au seul expert comptable désigné par le comité d'entreprise (...) de déterminer les documents utiles à l'exercice de sa mission* »

⁵⁸⁸ Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-12.754, *Bull. civ. V*, n° 50 ; *BJS* 2008, n° 11, p. 848, note C. Neau-Leduc ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 348, p. 29 ; *JCP S* 2008. 1323, note J.-Y. Kerbourc'h ; *SSL* 2008, n° 1345, p. 15.

⁵⁸⁹ Cass. soc., 14 mars 2018, n° 16-28.502, *RJS* 2018. 339.

⁵⁹⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1308, p. 1700 et s.

comptable à l'information de l'entreprise a été critiqué. Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée, mais la Cour de cassation n'y a pas donné suite⁵⁹¹.

70. Le secret professionnel vis-à-vis du comité. Cet accès élargi à l'information de l'entreprise bénéficie au comité social et économique, malgré le secret professionnel de l'expert-comptable. Contrairement à ce qu'indique un auteur⁵⁹², ce secret ne s'applique pas à l'égard du comité social et économique, sauf à vider de sa substance l'assistance de l'expert-comptable. La question se pose eu égard à la nature de la relation avec l'expert-comptable⁵⁹³, car le comité social et économique le mandate pour qu'il travaille sur l'affaire d'un tiers, celle de l'employeur⁵⁹⁴. Le secret professionnel des élus du comité social et économique ne s'appliquant que pour les procédés de fabrication⁵⁹⁵, leur seule obligation de discrétion⁵⁹⁶ apparaît insuffisante à garantir la confidentialité des informations transmises par l'expert⁵⁹⁷. Les obligations de discrétion et de secret ne sont pas aussi contraignantes⁵⁹⁸. Deux hypothèses sont

⁵⁹¹ Cass. soc., 12 sept. 2013, n° 13-12.200 QPC, *Bull. civ. V*, n° 197 ; *D.* 2013. 2599, obs. P. Lokiec ; *RJS* 2013. 743 ; *JCP S* 2013. 1424, note L. Dauxerre ; *BJS* 2013, n° 11, p. 709, note B. Saintourens ; *Cah. soc.* 2013, n° 256, p. 420 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 269, p. 26 ; *SSL* 2013, n° 1607, p. 6, note L. Pécaut-Rivolier & Y. Struillou : « les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux dès lors que l'article L. 2334-4 du code du travail, tel qu'interprété par la jurisprudence, ne prive pas les parties d'un recours possible au juge pour contester la nature des documents dont communication est demandée par l'expert dans le cadre de sa mission et d'une vérification de la nécessité de ces documents au regard de la mission confiée par le comité d'entreprise ; que s'il ne peut être demandé au juge de contrôler l'utilité concrète de ces documents, ce que seul l'expert est en mesure de faire en réalisant sa mission, le juge peut sanctionner tout abus de droit caractérisé ; que dès lors, la disposition critiquée n'est pas contraire au droit à un recours effectif devant le juge et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

⁵⁹² J.-E. RAY, « Protéger l'information, aujourd'hui et demain », *Dr. soc.* 2013. 111.

⁵⁹³ G. AUZERO & L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « La situation juridique née du recours à un expert par le comité social et économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 11, spéc. p. 12 : « À l'évidence, la décision du comité social et économique de recourir à un expert fait naître une situation pour le moins atypique. Celle-ci est révélée par le fait que tandis qu'une pluralité de personnes sont intéressées et obligées par l'expertise, cette dernière prend corps dans une unique relation contractuelle liant l'institution représentative du personnel et l'expert ».

⁵⁹⁴ N. BOUFFIER & P. LAGESSE, « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2013. 126 : « La difficulté vient, en effet, de ce que l'expert-comptable est amené ici à travailler sur l'affaire de quelqu'un (l'employeur) qui n'est pas, à proprement parler, son mandant ».

⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 2315-3, al. 1.

⁵⁹⁶ C. trav., art. L. 2315-3, al. 2.

⁵⁹⁷ *Contra* M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1197, p. 880 : « L'expert-comptable ne peut avoir d'obligation de discrétion à l'égard des membres du comité, à qui il doit rendre compte, lesquels sont d'ailleurs eux-mêmes tenus à la même obligation de discrétion, dans les conditions légales ».

⁵⁹⁸ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 359, p. 465 ; N. BOUFFIER & P. LAGESSE, « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2013. 126.

toutefois à distinguer. Lorsque l'information procède de l'analyse de documents dont le comité social et économique est destinataire, le secret professionnel de l'expert-comptable ne saurait s'appliquer, le comité étant déjà informé⁵⁹⁹. En revanche, si le comité social et économique n'est pas destinataire des documents, il reviendra à l'expert-comptable de trancher⁶⁰⁰. Il semblerait toutefois que l'expert-comptable ne puisse opposer au comité social et économique le secret professionnel⁶⁰¹, car celui-ci n'est pas un tiers au regard de l'expert : il est son client⁶⁰². Des arrêts anciens vont en ce sens⁶⁰³.

71. Des contraintes temporelles rejaillissantes. Cette liberté d'investigation de l'expert-comptable dans l'entreprise contraste avec le temps de l'expertise⁶⁰⁴. À défaut d'accord, l'expert doit rendre son rapport au plus tard quinze jours avant l'expiration des délais de consultation du comité social et économique⁶⁰⁵. La rapidité est de mise⁶⁰⁶.

⁵⁹⁹ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 359, p. 466 : « Le "secret" appartient aux élus dès l'instant où il est contenu dans les documents qu'ils reçoivent. Les mettre en évidence fait partie de la mission de l'expert ».

⁶⁰⁰ R. VATINET, « Les experts du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1166 : « Un expert-comptable est tenu par les règles déontologiques propres à sa profession et il est probablement apte à opérer un tri entre les informations et à présenter ses propres analyses aux élus - étayées par ses investigations personnelles - sans livrer imprudemment des données qui ne mériteraient pas de l'être ».

⁶⁰¹ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 886, p. 409 : « Dans ses relations avec le comité social et économique, l'expert-comptable, sauf à s'exposer à des poursuites au titre du délit d'entrave, ne saurait se retrancher derrière un quelconque devoir de secret ou de discrétion pour refuser de répondre à des questions qui relèvent du champ d'investigation normal du comité et entrent dans les limites légales de la mission dont il a été investi » ; CSOEC, *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014, p. 38 : « L'expert-comptable qui est mandaté par le comité d'entreprise ne peut pas se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de répondre à des questions de ses mandants portant sur des aspects qui relèvent du champ d'investigation normal du comité d'entreprise » ; I. TARAUD, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.* 2013. 121.

⁶⁰² CSOEC, *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014, p. 33 : « le client est le comité d'entreprise ».

⁶⁰³ Cass. crim., 25 mai 1983, n° 82-92.280 : « aucune obligation de discrétion ne saurait s'imposer à l'expert-comptable à l'égard des membres du comité d'entreprise » ; CA Lyon, 31 janv. 1980, n° 08/01260, *Rev. soc.* 1981. 115, note J. Guyénot : « qu'on ne peut considérer comme des tiers les membres du comité d'entreprise et que l'expert-comptable qui a mission de les éclairer sur la gestion de l'entreprise ne saurait donc violer le secret professionnel en leur rendant compte du résultat de ses investigations ».

⁶⁰⁴ À défaut d'accord collectif, le recours à l'expertise allonge toutefois le délai de consultation à deux mois (C. trav., art. R. 2312-6).

⁶⁰⁵ C. trav., art. R. 2315-47, al. 1. En dehors d'un cas de consultation, ce délai est de deux mois à compter de la désignation de l'expert (C. trav., art. R. 2315-47, al. 3).

⁶⁰⁶ Pour un exemple en matière de licenciement collectif pour motif économique, v. CSOEC, *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014, p. 50.

Or, ce cantonnement temporel de l'expertise peut nuire à sa qualité⁶⁰⁷. L'expert doit circonscrire son intervention⁶⁰⁸ pour ne pas être « *pris par des délais impossibles* »⁶⁰⁹. Longtemps, les procédés dilatoires ont été dénoncés, l'expert pouvant solliciter de nouveaux documents de manière différée pour retarder la clôture de la procédure de consultation du comité social et économique⁶¹⁰. Tel n'est plus le cas depuis que l'encadrement des délais de consultation se répercute sur les délais d'expertise⁶¹¹. L'expertise doit être réalisée dans le délai de consultation⁶¹² : il y a imbrication des délais⁶¹³. Les demandes de documents complémentaires de l'expert pour l'exercice de sa mission sont irrecevables si, au moment où le juge statue, le délai de consultation du comité social et économique est expiré⁶¹⁴.

72. Conclusion de paragraphe. Face aux difficultés matérielles d'accès à l'information par le comité social et économique, les expertises apparaissent comme

⁶⁰⁷ S. MRAOUAHI, « L'expert du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 617 : « *prévoir des délais d'expertise trop contraints ferait nécessairement obstacle aux investigations approfondies du spécialiste désigné, entravant la qualité et l'utilité de sa mission* ».

⁶⁰⁸ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1188, p. 874 : « *toutes les expertises légales ont depuis lors été enserrées dans des délais restreints insusceptibles en principe de dérogation, donc de prolongation, ce qui entrave de facto les investigations poussées de l'expert* ».

⁶⁰⁹ SYNDEX, *Guide des missions d'expertise pour les représentants des salariés*, 2018, p. 35.

⁶¹⁰ I. TARAUD, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.* 2013. 121 : « *Il n'est pas rare d'entendre les entreprises se plaindre des expertises décidées par leurs comités, en les concevant comme un frein dans l'avancement de leurs projets et un procédé dilatoire de la part des représentants du personnel* » ; N. BOUFFIER & P. LAGESSE, « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2013. 126.

⁶¹¹ V. DROCHON, *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, LexisNexis, 2017, n° 385, p. 242 ; CSOEC, *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014, p. 49 : « *Les délais des missions d'assistance d'expert-comptable dans le cadre des missions d'assistance aux consultations du comité d'entreprise s'inscrivent logiquement dans le cadre des délais qui s'appliquent à ces consultations* ».

⁶¹² R. VATINET, « Les experts du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1166 : « *chaque fois qu'un rapport doit être produit par l'expert, cette production est enfermée dans des délais précis, eux-mêmes étroitement dépendants des délais dans lesquels l'avis des représentants du personnel doit être donné, le dépôt du rapport devant nécessairement précéder l'avis, pour éclairer la délégation du personnel, enrichir sa réflexion* » ; B. TEYSSIÉ, « Le recours à un expert-comptable par le comité social et économique », *JCP S* 2021. 1072.

⁶¹³ J.-M. CHONNIER, « L'articulation des temps d'expertise et de consultation du CSE », *Dr. soc.* 2023. 66 ; F. GÉA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une "culture de la confiance" ? », *Dr. soc.* 2013. 717 ; *Rappr. Cass. soc.*, 29 juin 2022, n° 21-11.077, *Bull. civ. V* ; *D.* 2022. 1313 ; *Rev. soc.* 2022. 697, note V. Armillei ; *RJS* 2022. 524 ; *JCP G* 2022. 884 ; *BJT* 2022, n° 10, p. 25, note G. François.

⁶¹⁴ Cass. soc., 14 avr. 2021, n° 19-11.753 : « *ne sont plus recevables les demandes de communication par l'employeur de documents, formées en référé par l'expert pour l'exercice de sa mission, lorsque, à la date où le premier juge statue, le délai imparti au comité d'entreprise pour donner son avis a expiré* ».

des contreparties de nature intellectuelle. Elles permettent de réduire, au moins partiellement, l'asymétrie d'information entre employeurs et comités sociaux et économiques. En cela, les expertises sont des composantes de la participation du comité social et économique et permettent un élargissement du champ de son information. Des contraintes temporelles invitent toutefois l'expert à restreindre le champ de son intervention, laquelle peut perdre en qualité et utilité.

73. Conclusion de section. La base de données économiques, sociales et environnementales est le support privilégié de l'information du comité social et économique. Sa raison d'être est de favoriser l'accessibilité de l'information. Or, cette accessibilité est douteuse, en raison du dévoiement de la fonction originelle de la base. Elle l'est d'autant plus lorsque le délai pour se saisir de l'information se confond avec le délai de consultation du comité social et économique. Les expertises émergent comme potentielles contreparties. Néanmoins, l'imbrication des délais d'expertise et de consultation du comité social et économique n'assure que partiellement l'élargissement attendu du champ de son information.

74. Conclusion de chapitre. Au service de sa consultation, l'information est un élément indispensable de la participation du comité social et économique aux décisions économiques de l'entreprise. Aux rôles substantiel et procédural, l'information se laisse pourtant difficilement appréhender par le comité social et économique. Ceci n'a pourtant pas empêché le législateur de consolider l'obligation d'information du comité social et économique au point de centrer la focale du processus d'information-consultation sur elle. La consultation du comité social et économique pourrait en ressortir fragilisée, faute d'avoir fait l'objet d'une réflexion poussée.

Chapitre 2. La sédimentation de l'obligation de consultation

75. La raison d'être de la consultation. L'obligation de consultation du comité social et économique existe dès les origines de sa création. Elle est caractéristique d'une participation tempérée aux décisions économiques de l'entreprise. L'avis remis par le comité social et économique au terme de sa consultation n'a pas juridiquement pour effet de lier l'employeur chargé de le solliciter. Celui-ci demeure seul titulaire du pouvoir de décision dans l'entreprise. Consacrer la consultation du comité social et économique comme la forme principale de sa participation dans l'entreprise peut logiquement étonner. C'est pourquoi, le sens de l'obligation de consultation du comité social et économique doit être explicité (**Section préliminaire**).

76. La sédimentation sans la systématisation. L'obligation de consultation du comité social et économique couvre un champ toujours plus conséquent : il y a, en la matière, une véritable sédimentation progressive des textes. Mais la sédimentation est nébuleuse. Législateurs et juges ont échoué à édicter une obligation de consultation du comité social et économique claire, intelligible et cohérente. Les redondances sont légion, tout comme les articulations conflictuelles entre les textes. C'est ainsi que l'obligation de consultation du comité social et économique peut parfois apparaître, au regard du sens de cette obligation, comme dépourvue d'effet utile. Le propos vaut tant pour les consultations sur les décisions unilatérales de l'employeur (**Section 1**) que pour les consultations sur les décisions négociées (**Section 2**).

Section préliminaire. Le sens de l'obligation de consultation

77. Un avis consultatif. Les fondements idéologiques de la consultation du comité social et économique sont certains : la participation des salariés aux décisions de l'entreprise s'impose en droit contemporain avec la force de l'évidence⁶¹⁵. Cependant, la nécessité *juridique* de la consultation du comité social et économique reste à démontrer⁶¹⁶, car sa portée pratique demeure discutable⁶¹⁷. Voir dans les attributions consultatives du comité social et économique un « *pouvoir consultatif* »⁶¹⁸ est douteux⁶¹⁹. Certains auteurs considèrent tout de même que participation et consultation sont équipollentes⁶²⁰. Le comité consulté jouerait un rôle actif, celui-ci étant passif lorsqu'il n'est qu'informé⁶²¹. L'avis du comité social et économique rendu au terme de sa consultation sur un projet de décision de l'employeur n'a pourtant pas de force contraignante⁶²² : il ne lie pas l'employeur chargé de le solliciter⁶²³. La consultation du

⁶¹⁵ J. GRINSNIR, « L'effectivité des droits en matière d'institutions représentatives du personnel », *Dr. ouvr.* 1991. 159 : « *La jurisprudence a commencé à relayer une évolution profonde du corps social, (...) estimant que l'intervention des représentants des salariés dans les choix stratégiques de l'entreprise et, ainsi, la limitation de la toute puissance patronale, a acquis une légitimité indiscutable, et même qu'elle constitue aujourd'hui un concept idéologique de référence faisant l'objet d'un large consensus parmi les salariés* » (nous soulignons) ; *Comp.* J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 : « *La consultation des représentants du personnel (...) repose sur l'idée, pas nécessairement spontanée dans une économie de marché, que les salariés soient informés et puissent discuter les choix des dirigeants* » (nous soulignons).

⁶¹⁶ *Contra* R. CHISS, « Les temps de la consultation du comité d'entreprise : réflexions pratiques », *JCP S* 2015. 1174.

⁶¹⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 874, p. 873.

⁶¹⁸ M. COHEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002. 298 : « *La multiplication des cas d'information et de consultation des comités d'entreprise et l'élargissement de leur capacité d'intervention transforment leurs attributions consultatives en un véritable pouvoir consultatif, malgré l'antinomie de ces mots* ».

⁶¹⁹ *Comp.* M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 973, p. 738 : « *le droit d'être informé et consulté constamment équivaut à un véritable pouvoir de contrôle de la marche de l'entreprise* ».

⁶²⁰ B. TEYSSIÉ, « Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : vers un nouveau droit du travail ? », *JCP S* 2013. 1257 : « *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise est déjà assurée lorsqu'ils sont systématiquement consultés sur toute opération de quelque importance* » ; *Comp.* E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1235, p. 747.

⁶²¹ J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, « La réforme des comités d'entreprise (étude de la loi du 16 mai 1946) », *JCP* 1946. 570 : « *Quand il n'était qu'informé, il jouait un rôle passif, tout au plus pouvait-il, en fait, se risquer à poser quelques questions ou à formuler des remarques. Maintenant qu'il est consulté, il a un rôle actif (...). Il discute la gestion patronale et peut donc l'influencer* ».

⁶²² P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17.

⁶²³ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 973, p. 738 : « *Cet aspect purement consultatif des attributions économiques du comité constitue la faiblesse principale de l'institution* ».

comité social et économique en sus de son information peut donc apparaître superfétatoire⁶²⁴. En réalité, l'avis du comité social et économique pourrait transcender son caractère consultatif par d'autres biais : la puissance de la consultation pourrait être extra-juridique⁶²⁵. Par la consultation du comité social et économique, une médiation réflexive s'imposerait à l'employeur⁶²⁶, lequel serait sommé de motiver la décision qu'il entend adopter⁶²⁷. La consultation du comité social et économique s'entendrait aussi d'un pouvoir d'influence sur le processus décisionnel⁶²⁸. Là serait, selon certains, sa réelle puissance⁶²⁹. Celle-ci reste pourtant hypothétique, l'employeur pouvant rester hermétique à l'influence du comité social et économique sur le processus décisionnel⁶³⁰. D'un point de vue théorique, la consultation du comité social et économique s'entend de l'institution d'une procédure où émerge une éthique de la

⁶²⁴ P. LOKIEC, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJS* 2018, n° 1, p. 47 : « *dépourvu de toute force contraignante, l'avis est d'une utilité toute théorique* ».

⁶²⁵ ANONYME, « L'expérience des comités d'entreprise : l'action des comités », *Dr. soc.* 1952. 169 : « *Sans doute, le comité n'a-t-il que des pouvoirs consultatifs. Mais la véritable puissance est-elle ici d'ordre juridique ? Faut-il compter pour rien l'influence de simples suggestions quand elles ont pour elles l'esprit, le bon sens, le jugement et encore l'adresse, l'habileté diplomatique ou psychologique ?* ».

⁶²⁶ J.-M. BÉRAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 55 : « *Le caractère consultatif de l'institution, éventuellement appuyé sur l'expertise extérieure, accroît nécessairement l'étendue de la réflexion patronale et en relève le niveau. (...) Ainsi, nombre de dispositions du Code du travail relatives aux prérogatives des comités, plus que des instruments de partage du pouvoir, sont les vecteurs d'une gestion plus rigoureuse et plus mûrie imposée aux employeurs ; plus que des droits conférés au comité, elles sont en réalité des obligations faites aux employeurs de penser leurs actions* ».

⁶²⁷ L. AYNÈS, « Motivation et justification », *RDC* 2004. 555 : « *La motivation remplit en effet une double fonction. Au destinataire de l'acte, elle communique les raisons de celui-ci, lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre - c'est-à-dire de l'accepter intellectuellement - et de mesurer quelle résistance il peut lui opposer. Mais à l'agent, elle évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger, les causes de sa décision. Elle l'oblige à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte. Aussi la motivation doit-elle être exigée lorsque l'acte nécessite une explication, c'est-à-dire lorsqu'il crée une situation juridique que son destinataire n'avait pas à anticiper* » ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1235, p. 747 : « *Par ailleurs, le comité social et économique constitue un lieu de dialogue, même conflictuel, et d'information. Il oblige l'employeur à présenter ses choix, à les justifier et à les voir discuter, ce qui peut conduire à les amender* ».

⁶²⁸ B. BOSSU, « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *JCP S* 2015. 1175 : « *les obligations de consultation ont pris une telle ampleur qu'elles finissent par donner au comité d'entreprise une capacité d'influence ou de dissuasion qui est loin d'être négligeable* » ; G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17 : « *au fil du temps, l'idée a prospéré que la procédure de consultation était destinée à influencer sur le projet de l'employeur* ».

⁶²⁹ P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17.

⁶³⁰ M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006. 861 : « *L'expression collective des salariés par le comité d'entreprise ne garantit évidemment pas la prise en compte de leurs intérêts dans la décision économique (...). Tout au moins, la laisse-t-elle espérer* ».

discussion⁶³¹. La procédure constitue le versant formel de la consultation (§1). L'éthique de la discussion en constitue le versant substantiel (§2).

§1. La procédure : versant formel de la consultation

78. Sens et effets de l'institution d'une procédure. L'institution de la procédure de consultation a pour objet de contraindre l'employeur, titulaire du pouvoir décisionnel dans l'entreprise, à prendre en compte d'autres intérêts que les siens avant d'adopter une décision⁶³². L'institution d'une procédure permet une « *emprise spécifique du droit sur le processus décisionnel dans l'entreprise* »⁶³³. L'employeur est invité à la concertation avec le destinataire - ou avec son représentant - relativement à la décision⁶³⁴. La procédure de consultation protège le destinataire de la décision de l'arbitraire⁶³⁵ et lui offre la faculté d'influer sur la décision à venir⁶³⁶. L'institution d'une procédure ne correspond toutefois pas à l'institution d'une règle de forme⁶³⁷. Ces deux objets juridiques doivent être distingués⁶³⁸. La règle de forme est l'« *enveloppe d'une volonté préexistante* »⁶³⁹, tandis que l'institution d'une procédure invite à une

⁶³¹ M. CARON & P.-Y. VERKINDT, « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 425 ; P. LOKIEC, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJS* 2018, n° 1, p. 47.

⁶³² F. KHODRI-BENAMROUCHE, « Les exigences procédurales », *SSL* 2008, n° 1340, p. 61 : « *l'idéal de la procéduralisation de la décision de l'employeur est, sinon d'assurer la conciliation d'intérêts plus ou moins antagonistes, du moins, de favoriser leur prise en compte ou de conduire l'employeur à opérer leur conciliation à travers ce qui demeure, en droit, un acte unilatéral* » ; G. LOISEAU, « Le pouvoir normatif de l'employeur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 231, spéc. p. 241 : « *La procéduralisation constitue (...) un caractère commun des normes unilatéralement élaborées par l'employeur* ».

⁶³³ G. COUTURIER, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *SSL* 2004, n° 1152, p. 6.

⁶³⁴ A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006. 85.

⁶³⁵ P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in C. PIGACHE, *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, *PUR*, 2004, p. 177, spéc. p. 184 : « *Il s'agit pour le droit d'exiger de celui qui prend une décision (...) qu'il ne décide pas de manière immédiate et arbitraire, mais en respectant une procédure* ».

⁶³⁶ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 68, p. 45.

⁶³⁷ S. FROSSARD, « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », *D.* 2001. 417 : « *la procédure ne se confond pas avec un corpus de règles de droit formelles* ».

⁶³⁸ G. COUTURIER, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *SSL* 2004, n° 1152, p. 6.

⁶³⁹ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 68, p. 45.

participation sur la décision à prendre⁶⁴⁰. La volonté n'est pas figée, mais se modèle au cours de la procédure de consultation⁶⁴¹.

79. L'institution d'une procédure formelle. Le glissement entre procédure et règle de forme n'est pourtant jamais loin, car la volonté de l'employeur peut déjà être figée avant l'initiation de la procédure de consultation du comité social et économique⁶⁴². La procédure de consultation glisse alors vers l'accomplissement d'une règle de forme : la procédure devient purement formelle⁶⁴³. Certains auteurs ne s'y trompent pas⁶⁴⁴. Dans cette hypothèse, le résultat de la procédure de consultation est dénué d'intérêt, et seul son déroulement est scruté⁶⁴⁵. La fonction originelle de l'avis rendu par le comité

⁶⁴⁰ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 28, p. 18 : « l'instauration d'une procédure interne se comprend d'un choix dans l'encadrement du pouvoir discrétionnaire ; choix dont il est permis d'esquisser le parti pris qu'il recèle : celui d'encadrer ce pouvoir d'une part, le refus de dicter à l'employeur la teneur de sa décision d'autre part. En ce sens, le choix d'un encadrement du pouvoir par des procédures pourrait se voir interprété comme un épiphénomène de ce que des analyses plus savantes ont coutume de désigner sous le vocable de "procéduralisation du droit" et qui visent à expliquer - ou prôner -, l'essor d'un nouveau modèle, qui ne s'entendrait ni d'un modèle formel, ni d'un modèle substantiel ».

⁶⁴¹ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 68, p. 45.

⁶⁴² P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17.

⁶⁴³ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 643, p. 819 : « le projet présenté aux élus peut toujours être arrêté définitivement dans l'esprit de son auteur et la consultation n'être qu'une vaine formalité. Le droit peut difficilement contraindre à ce qu'il en soit autrement dès l'instant où le pouvoir de décision des employeurs demeure souverain ».

⁶⁴⁴ J.-P. LE CROM, « Le comité d'entreprise : une institution sociale instable », in *L'enfance des comités d'entreprise. De leur genèse dans les conditions de la défaite de 1940 à leur enracinement dans les années 1950*, Actes du colloque des 22 et 23 mai 1996, Roubaix, CAMT, 1997, p. 173 : « La consultation du comité d'entreprise sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise est réduite à une procédure formelle » ; P. ROZEC, « Données économiques et responsabilité. Répression (dé)passée et responsabilisation pratique », *JCP S* 2020. 2031 : « La consultation est souvent formelle et tendue » ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 973, p. 739 : « Il est vrai qu'aujourd'hui, dans certaines entreprises, les consultations des instances élues se font par pur formalisme » ; J. BARTHÉLÉMY, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737 : « la consultation du comité d'entreprise, qui vise fondamentalement à ce que soit pris en considération l'intérêt de la collectivité du personnel dans la préparation et la gestion d'une décision dans l'intérêt de l'entreprise, est ramenée à un acte de procédure, qu'on respecte seulement pour éviter les sanctions lourdes de délit d'entrave alors qu'elle est conçue pour être un élément dans la prise de décision ».

⁶⁴⁵ H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 125, spéc. p. 126 : « la manière de procéder importe autant, sinon plus, que le résultat de la procédure » ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 880, p. 877 : « Le droit s'intéresse à la procédure de consultation, non à son résultat » ; P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17 : « Pour donner tout son sens à l'idée de consultation, il faut surtout admettre que la procédure est un élément essentiel à la prise de décision, qu'elle est importante indépendamment de son résultat ».

social et économique est bousculée⁶⁴⁶. L'avis n'a plus d'autre intérêt que de servir « *d'appui social ou moral à la décision lorsqu'il est favorable, et d'outil argumentatif pour ceux qui s'y opposent* »⁶⁴⁷.

80. Conclusion de paragraphe. La consultation du comité social et économique s'inscrit dans une procédure, laquelle a pour objet de contraindre l'employeur, seul titulaire du pouvoir de décision dans l'entreprise, à organiser une discussion avant l'adoption d'une décision. L'éventualité d'une influence du comité social et économique sur le processus décisionnel justifie son intervention, par le biais de sa consultation. Néanmoins, si contrôler les actes est possible, contrôler la volonté ne l'est pas. Celle de l'employeur peut déjà être figée avant l'initiation de la procédure de consultation du comité social et économique : l'effet utile de celle-ci peut être absent. La procédure de consultation participe toutefois à l'émergence d'une éthique de la discussion. Elle est impérative pour donner du sens à la consultation du comité social et économique.

§2. L'éthique de la discussion : versant substantiel de la consultation

81. L'éthique de la discussion. L'éthique de la discussion renvoie aux travaux de Jürgen Habermas⁶⁴⁸. L'idée est que la validité du droit ne peut s'envisager qu'à l'issue d'une discussion effective avec ceux qu'il concerne. En d'autres termes, la réception d'une norme ne devient possible qu'en la soumettant d'abord à discussion⁶⁴⁹. C'est

⁶⁴⁶ B. BOSSU, « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *JCP S* 2015. 1175 : « *L'intérêt d'une consultation est d'apporter des éléments nouveaux permettant d'éclairer la décision à prendre et, éventuellement, de modifier, au vu de ces éléments, la décision projetée* ».

⁶⁴⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 880, p. 878.

⁶⁴⁸ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, trad. M. Hunyadi, Paris, éd. du Cerf, coll. Passages, 1992 ; Adde J. HABERMAS, *Morale et communication. Conscience morale et activités communicationnelle*, trad. C. Bouchindhomme, Paris, éd. du Cerf, coll. Passages, 1986 ; J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. C. Bouchindhomme & R. Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997.

⁶⁴⁹ L. JAFFRO, « Habermas et le sujet de la discussion », *Cités* 2001, n° 5, p. 71 : « *cette théorie montre que le prétendu argument d'autorité est inacceptable et qu'on ne saurait recevoir une norme qui ne serait pas soumise à la discussion* » (nous soulignons).

dans le sillon de cette théorie que l'essor de la négociation collective s'est logé⁶⁵⁰. Mais les implications de l'éthique de la discussion vont au-delà, sous réserve d'une discussion authentique⁶⁵¹. Le principe est celui de l'argumentation⁶⁵². L'adhésion rationnelle des participants à la discussion est capitale⁶⁵³ : ce qui est justifié doit pouvoir être souhaité par tous les êtres rationnels⁶⁵⁴. La réversibilité des points de vue à partir desquels les participants proposent leurs arguments, l'universalité au sens où les personnes concernées sont incluses dans la discussion, et la réciprocité qui apparaît dans le fait que les exigences de chacun des participants à la discussion sont équitablement reconnues par tous les autres : telles sont les règles de la discussion authentique habermassienne⁶⁵⁵. Réversibilité, universalité et réciprocité sont aussi les règles qui guident la procédure de consultation du comité social et économique⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰ B. FRYDMAN, « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 231.

⁶⁵¹ G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'évènement », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 197.

⁶⁵² J. DE MUNCK, « Procéduralisation du droit et négociation collective », in P. COPPENS & J. LENOBLE, *Démocratie et procéduralisation du droit*, Travaux des XVI^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, t. XXX, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 261, spéc. p. 283.

⁶⁵³ Pour une étude des normes de l'agir communicationnel, v. D. DAVID & J. KÖHL, « L'éthique de la discussion au service de la performance organisationnelle. Pour l'avènement de la compétence délibérative dans le profil managérial », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels* 2008, n° 34, p. 189.

⁶⁵⁴ C. LELEUX, « Éthique de la discussion chez Habermas », in N. BOUCHARD, *Pour un renouvellement des pratiques d'éducation morale. Six approches contemporaines*, Presses Universitaires du Québec, 2002, p. 105.

⁶⁵⁵ J. HABERMAS, *Morale et communication. Conscience morale et activités communicationnelle*, trad. C. Bouchindhomme, Paris, éd. du Cerf, coll. Passages, 1986, p. 137 et s.

⁶⁵⁶ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 894, p. 888 : « L'idée est qu'une décision ne peut être juste que si elle a été prise au moyen d'une procédure elle-même juste. La juste procédure est celle qui est prise dans des conditions démocratiques optimales, tout au moins qui a donné lieu à discussion. L'importance de la discussion dans la définition du juste est au cœur de l'information-consultation du comité social et économique, consulté pour une multitude de décisions patronales. D'inutile d'un point de vue formel ou matériel (l'avis est dépourvu de toute force normative), elle prend toute son importance si l'on considère qu'une décision ne peut être juste si les parties prenantes n'ont pu la discuter » ; Comp. D. GAIRE-SIMONNEAU, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, LGDJ, 2016, n° 359, p. 289 : « À première vue, la consultation est assez éloignée des préoccupations langagières habermassiennes. Contrairement à la concertation, la consultation n'entraîne pas un passage automatique vers la réalisation d'un accord. Les acteurs consultés sont plutôt utilisés comme un préalable à l'engagement d'une négociation ou à la prise effective d'une décision. Sorte de soupape de sécurité offerte à l'employeur, la consultation constitue en entreprise un outil intéressant de légitimation des décisions prises. Cependant, cette consultation n'implique pas une participation de toutes les personnes concernées par la décision. Au contraire dans l'exemple de la consultation du comité d'entreprise (...), la décision finale est une décision unilatérale ».

82. Première règle : la réversibilité. La réversibilité des points de vue, ici du projet de décision de l'employeur, est une exigence de la consultation du comité social et économique. La consultation du comité social et économique s'impose à l'employeur avant l'adoption d'une décision, et non après⁶⁵⁷. La règle est d'évidence⁶⁵⁸ et existe hors nos frontières⁶⁵⁹. L'avis du comité social et économique n'a de sens qu'autant qu'il « *préface la décision* »⁶⁶⁰. L'expression du point de vue des destinataires de la décision ayant eu lieu, l'employeur se retire, étudie et tranche⁶⁶¹. La décision doit être susceptible de modifications, voire d'abandon : à défaut, la consultation du comité social et économique est inutile⁶⁶². Le code du travail impose la règle de la réversibilité⁶⁶³, mais reste muet quant à sa déclinaison pratique⁶⁶⁴. Or, l'identification

⁶⁵⁷ C. trav., art. L. 2312-14, al. 1 : « *Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité social et économique (...)* ».

⁶⁵⁸ G. GRANDVAL, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 28 juin 1965, p. 2706 : « *Il est évident qu'une consultation sur des mesures implique que ces mesures n'ont pas encore pris effet au moment où ladite consultation intervient* ».

⁶⁵⁹ En droit suisse, v. G. AUBERT, « L'entreprise et le droit du travail : l'exemple suisse », *Dr. soc.* 2005. 147 : « *En cas de licenciement collectif, l'employeur doit procéder à la consultation au moment où son projet est suffisamment concret et, en tous les cas, avant sa décision finale* » (nous soulignons).

⁶⁶⁰ C. FREYRIA, « Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 273, spéc. p. 281 ; D. GATUMEL & P. SOULIER, « L'information et la consultation du comité d'entreprise. La consultation du comité », *JCP E* 1992. 311 : « *Dans la mesure où elle a pour objet de recueillir l'avis des représentants du personnel, la notion même de consultation implique, à l'évidence, une intervention avant toute décision définitive et irréversible de l'employeur* ».

⁶⁶¹ J. RIVERO, « Syndicalisme et pouvoir démocratique », *Dr. soc.* 1965. 166 : « *Depuis 1946 la consultation change de forme. En effet, la consultation peut revêtir des aspects différents. On peut simplement demander à ceux que la décision intéresse, ou dont on juge bon de prendre l'avis, de formuler un point de vue ; une pièce s'ajoute au dossier, et, ensuite, le pouvoir retiré dans sa solitude, étudiera le dossier et tranchera. C'est la forme classique de la consultation telle qu'elle s'exerce dans la quasi-totalité de nos organismes consultatifs* ».

⁶⁶² S. BÉAL & A. FERREIRA, « Consultation préalable du comité d'entreprise : une exigence », *JCP S* 2005. 1255 ; N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Le droit du comité d'entreprise d'être informé et consulté dans le cadre d'opérations de fusion », *RJS* 2010. 99 : « *Ce principe d'antériorité est logique dans la mesure où l'information-consultation du comité d'entreprise doit permettre à la direction, avant la prise de toute décision définitive, d'avoir connaissance des avis des représentants des salariés* ».

⁶⁶³ C. trav., art. L. 2312-14, al. 1.

⁶⁶⁴ B. KRIEF, « Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2014. 1090 : « *Aucune des notions utilisées ne permet de situer avec précision le moment de la procédure consultative* » ; V. ARMILLEI & L. TOMBARELLO, « Les actes préparatoires à la cession de filiales à l'épreuve du principe d'antériorité de la consultation du CSE », *JCP S* 2019. 1105 : « *Ni le Code du travail ni la jurisprudence ne définissent précisément le moment auquel doit avoir lieu la consultation du comité social et économique sur un projet de réorganisation de l'entreprise. Seuls sont posés quelques grandes principes, à savoir que la consultation du comité social et économique doit être initiée à un moment où le projet qui donne lieu à consultation est suffisamment abouti pour permettre une consultation "utile" des représentants du personnel mais doit être achevée avant toute "décision définitive" de procéder à l'opération* ».

du moment de l'irréversibilité du projet de décision est difficile⁶⁶⁵. Seuls importent les faits de chaque litige⁶⁶⁶. L'irréversibilité semble se matérialiser par la réalisation d'opérations juridiquement opposables aux tiers, y compris aux salariés⁶⁶⁷. Les actes d'extériorisation de la volonté de l'employeur sont visés⁶⁶⁸. Néanmoins, l'information du personnel ou de la presse sur le projet de décision avant le terme de la procédure de consultation n'atteste pas nécessairement de son caractère irréversible⁶⁶⁹. La décision d'un conseil d'administration non plus⁶⁷⁰, sauf si celle-ci a pour objet d'adopter définitivement le projet⁶⁷¹. Étroitement lié à l'irréversibilité, le moment de la consultation du comité social et économique est aussi hasardeux⁶⁷². Tandis que le droit européen se satisfait d'une concomitance entre décision et consultation⁶⁷³, le droit français n'admet pas la consultation sur la seule mise en œuvre d'une décision⁶⁷⁴. La consultation du comité social et économique doit se situer entre l'élaboration du projet

⁶⁶⁵ J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 : « *En effet, en indiquant seulement que la consultation doit précéder la décision, le législateur ne définit pas le moment de naissance de l'obligation, mais seulement celui de sa violation* ».

⁶⁶⁶ A. ARSÉGUEL, « Règles de consultation du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise », note ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *BJS* 1998, n° 3, p. 245 : « *la réponse à la question du moment de la consultation est très contingente et étroitement dépendante des faits* » ; A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 984, p. 746 : « *Par-delà les apparences, la date réelle de la prise de décision doit être recherchée dans chaque cas* ».

⁶⁶⁷ GATUMEL & P. SOULIER, « L'information et la consultation du comité d'entreprise. La consultation du comité », *JCP E* 1992. 311.

⁶⁶⁸ J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 ; Cass. crim., 28 nov. 1984, n° 83-93.094, *Bull. crim.*, n° 375 ; *JCP E* 1985. I. 14481, note O. Godard ; *Dr. soc.* 1985. 703 ; Cass. crim., 29 mai 1990, n° 89-84.747, *Bull. crim.*, n° 218 ; *JCP E* 1990. I. 20316 ; *RJS* 1990. 593 ; *RSC* 1991. 106, obs. A. Lyon-Caen ; Cass. soc., 13 nov. 2007, n° 06-12.339, *Gaz. Pal.* 2008, n° 199, p. 60 ; *RJDA* 2008. 329 ; *SSL* 2008, n° 1335, p. 15.

⁶⁶⁹ Cass. crim., 9 févr. 2016, n° 12-86.016, *JCP S* 2016. 1144, note Y. Pagnerre ; *JSL* 2016, n° 406, p. 24, note J.-B. Cottin ; Cass. crim., 4 avr. 1995, n° 93-80.312, *Bull. crim.*, n° 146 ; *RJS* 1995. 666 ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 57, p. 2 ; Adde H. TISSANDIER, « Caractère préalable de la consultation d'un comité d'entreprise et suspension d'un projet de fermeture d'entreprise : un espoir déçu », note ss. TGI Sarreguemines, réf., 21 avr. 2009, n° 9.09/00048, *RDT* 2009. 390.

⁶⁷⁰ Cass. crim., 28 janv. 2014, n° 12-87.164.

⁶⁷¹ Cass. crim., 30 mars 2016, n° 15-80.117, *RJS* 2016. 432 ; *BJS* 2016, n° 8, p. 397, note A. Tadros.

⁶⁷² P. BOUAZIZ, « Le temps de la saisine pour avis du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 1995. 48.

⁶⁷³ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan*, pt. 48, *Rec.* 2009. 8163 ; *SSL* 2010, n° 1444, p. 15, note S. Laulom ; *RDT* 2010. 285, obs. S. Vernac ; *Dr. ouvr.* 2010. 159, note M. Bonnechère ; *RJS* 2009. 993 ; *JCP S* 2009. 1493, note E. Jeansen ; *JCP E* 2009. 1935 : « *la procédure de consultation doit être déclenchée par l'employeur au moment où a été adoptée une décision stratégique ou commerciale le contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs* ».

⁶⁷⁴ Cass. crim., 13 déc. 1994, n° 93-85.092, *Bull. crim.*, n° 405 ; *D.* 1995. 53 ; *RJS* 1995. 252 ; *RSC* 1995. 361, obs. G. Giudicelli-Delage.

et la décision définitive de l'organe compétent⁶⁷⁵. L'élaboration du projet doit être suffisamment poussée pour donner à la consultation un effet utile⁶⁷⁶, mais la décision doit être en suspens⁶⁷⁷. Ci-demeure la distinction entre projet et décision définitive⁶⁷⁸. La jurisprudence est classique : le projet formulé en des termes généraux doit être soumis à la consultation du comité social et économique, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe le projet⁶⁷⁹. Des difficultés sont à noter, car la consultation précoce du comité social et économique ne lui permet pas d'appréhender le projet formulé en des termes généraux⁶⁸⁰ : la consultation n'aura pas l'effet utile escompté⁶⁸¹. La consultation tardive exclut elle aussi l'effet utile : l'intervention du comité social et économique dans le

⁶⁷⁵ Y. CHAUVY, « De la consultation à la décision, un ordre des rapports comité-employeur dans l'entreprise », concl. ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *Dr. ouvr.* 1998. 49 : « C'est toujours entre l'élaboration du projet et la décision d'application prise par les organes compétents de l'entreprise que doit se situer la consultation du comité : préalablement à la prise et à l'exécution des décisions ».

⁶⁷⁶ Circ. DRT n° 12, 30 nov. 1984, pt. 1.5 : « Une esquisse, les propositions d'un bureau d'études ne sont pas assimilables à un projet qui doit être suffisamment élaboré ».

⁶⁷⁷ N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Le droit du comité d'entreprise d'être informé et consulté dans le cadre d'opérations de fusion », *RJS* 2010. 99 : « l'élaboration du projet doit être suffisamment poussée pour permettre de donner à la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise un effet utile, mais celle-ci doit intervenir avant qu'un stade irréversible ait été atteint dans la préparation du projet par une manifestation de la volonté d'un organe dirigeant qui engage l'entreprise ».

⁶⁷⁸ A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515.

⁶⁷⁹ Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *Bull. civ.* V, n° 375 ; *D.* 1998. 245, obs. A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1998. 87, obs. M. Cohen ; *RJS* 1997. 1391 ; *TPS* 1997. 324, note X. Prétot ; *Dr. ouvr.* 1998. 49, concl. Y. Chauvy ; *BJS* 1998, n° 3, p. 245, note A. Arséguet ; *JCP G* 1997. 2524 ; *RDSS* 1998. 341, obs. P.-Y. Verkindt ; Cass. soc., 18 juin 2003, n° 01-21.424, *RJS* 2003. 1033.

⁶⁸⁰ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 643, p. 820 : « la consultation ne doit pas non plus intervenir trop tôt, alors que le projet est encore imprécis » ; S. BÉAL & M.-N. KATCHADOURIAN, « Projet complexe : à quel moment et comment le comité d'entreprise doit-il être informé et consulté ? », *JCP S* 2009. 1463.

⁶⁸¹ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « N'est-il point préférable de procéder le plus possible en aval, tant il est évident qu'il vaut mieux soumettre au comité une ou plusieurs solutions largement étudiées, donnant lieu à une consultation finale et à un large débat au sein du comité, plutôt que de lui soumettre un embryon de projet très rudimentaire appelé à subir des transformations plus ou moins profondes jusqu'à la décision finale ? » ; P. MORVAN, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171 : « D'une part, le dialogue social au sein de l'instance représentative sonnera creux, faute d'éléments tangibles à offrir aux élus pour nourrir le débat. D'autre part, l'avis du comité d'entreprise risque de n'avoir aucune influence sur la "décision" en cause, si elle reste très générale ».

processus décisionnel ne sera qu'apparente, le projet étant en réalité définitivement arrêté⁶⁸².

83. Seconde règle : l'universalité. L'universalité est caractérisée par l'inclusion des destinataires de la décision, ou de leurs représentants, dans la discussion. La consultation du comité social et économique relève de cette exigence⁶⁸³. La représentation au comité social et économique substitue aux individualités une collectivité organisée de travailleurs⁶⁸⁴. La représentation rend présents les salariés dans le processus décisionnel⁶⁸⁵ au travers de l'expression de leurs intérêts par le comité social et économique⁶⁸⁶. Mais les salariés pourraient aussi être représentés par eux-mêmes. La solution de la Cour de cassation selon laquelle la consultation du personnel de l'entreprise constitue le délit d'entrave aux prérogatives du comité social et économique peut donc surprendre⁶⁸⁷. La consultation des salariés pourrait être vertueuse, au moins de manière complémentaire à celle du comité social et économique⁶⁸⁸. L'expression de leurs intérêts par le comité en sortirait renforcée et légitimée si leurs avis convergent⁶⁸⁹. L'entrave ne se justifierait que lorsque le comité

⁶⁸² A. ARSÉGUÉL, « Règles de consultation du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise », note ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *BJS* 1998, n° 3, p. 245 : « la consultation ne doit pas se produire trop tôt, à un moment où l'employeur n'est pas en mesure de communiquer aux représentants des salariés des informations précises sur son projet : elle ne servirait à rien. D'autre part, cette même procédure ne doit pas intervenir trop tard, l'employeur plaçant alors le comité devant le fait accompli : c'est la concertation dans l'entreprise qui serait bafouée ».

⁶⁸³ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, n° 364, p. 181 : « Avant de prendre une décision, l'employeur est tenu par la loi de s'entretenir avec ses destinataires ».

⁶⁸⁴ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, n° 81, p. 103 ; B. BOSSU, « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *JCP S* 2015. 1175.

⁶⁸⁵ Selon un auteur, il y a deux dimensions au dialogue entre la représentation du personnel et l'employeur. Une dimension *sociale* de ce dialogue fait des représentants du personnel les porte-parole de la communauté de travail entendue comme la collectivité des travailleurs. Une dimension *professionnelle* de ce dialogue permet aux représentants d'être davantage qu'un porte-parole puisqu'ils permettent de « "rendre présent" dans les décisions à venir, le travail réel » (P.-Y. VERKINDT, « Quelle place pour l'expertise et les experts dans la représentation du personnel après les réformes de l'automne 2017 et du printemps 2018 ? », *RJS* 2018. 847).

⁶⁸⁶ C. trav., art. L. 2312-8.

⁶⁸⁷ Cass. crim., 11 janv. 2000, n° 99-80.229, *Bull. crim.*, n° 13 ; *D.* 2000. 103 ; *RJS* 2000. 549 ; *Dr. ouvr.* 2000. 361 ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 188, p. 14.

⁶⁸⁸ J.-C. SCIBERRAS, « Comment renforcer le dialogue social en France ? », *Dr. soc.* 2019. 224 : « On devrait ainsi réaliser une enquête d'opinion avant chaque grande négociation ou consultation, de concert entre la direction de l'entreprise et les représentants du personnel afin de mieux prendre en compte les attentes des salariés ».

⁶⁸⁹ J.-C. SCIBERRAS, « Comment renforcer le dialogue social en France ? », *Dr. soc.* 2019. 224.

social et économique ne serait pas associé à cette consultation additionnelle des salariés⁶⁹⁰. Ce faisant, l'employeur chercherait à dévaloriser son rôle en l'empêchant d'exercer sa mission⁶⁹¹.

84. Troisième règle : la réciprocité. La réciprocité apparaît dans le fait que les exigences de chacun des participants à la discussion sont équitablement reconnues par tous les autres. C'est pourquoi, employeurs et comités sociaux et économiques doivent dialoguer⁶⁹². Le monologue de l'employeur est banni⁶⁹³. Le comité social et économique est un lieu où doit se développer une communication caractérisée par l'argumentation⁶⁹⁴ : la procédure de consultation doit organiser une confrontation d'arguments contradictoires⁶⁹⁵. Il doit y avoir, conformément au droit européen, un « *échange de vues et l'établissement d'un dialogue* »⁶⁹⁶. Le comité social et économique peut émettre des avis et des vœux dans l'exercice de ses attributions consultatives⁶⁹⁷. La consultation s'entendant d'un dialogue caractérisé par l'argumentation, l'avis du comité social et économique doit être formalisé et ne peut

⁶⁹⁰ Cass. soc., 19 déc. 1990, n° 89-16.072, *Bull. civ. V*, n° 693 ; *Dr. soc.* 1991. 267, obs. P. Waquet ; *Gaz. Pal.* 1991, n° 74, p. 22 ; *JCP G* 1991. 64 ; *D.* 1991. 22.

⁶⁹¹ Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-83.682, *Dr. soc.* 2004. 919, obs. F. Duquesne ; *SSL* 2004, n° 1174, p. 14.

⁶⁹² Cass. soc., 12 nov. 1975, n° 74-11.855, *Bull. civ. V*, n° 526 ; *Dr. ouvr.* 1976. 389 ; *D.* 1975. 244 : « *Que la lecture des procès-verbaux des trois réunions du comité attestait la réalité des échanges de points de vue et la libre discussion qui s'y était manifestée* » (nous soulignons) ; Adde P. RODIÈRE, « Le comité d'entreprise à l'heure européenne », *Dr. ouvr.* 1995. 61 : « *La consultation suppose que l'on accepte une discussion. Il n'est pas suffisant d'informer et d'attendre un avis en réponse : une discussion doit, entre temps, se nouer* ».

⁶⁹³ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 87, p. 57 : « *L'employeur en tant qu'auteur de la décision et destinataire de la règle de procédure, doit mettre en œuvre les conditions d'un débat réel et effectif, entendu comme susceptible de permettre au destinataire de la mesure, ou à ses représentants, d'influer sur la décision unilatérale envisagée. Qu'il ressorte au principe des droits de la défense ou qu'il s'inscrive dans le cadre constitutionnel de la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs délégués, le débat organisé par la procédure ne saurait s'entendre d'un débat formel* ».

⁶⁹⁴ M. CARON & P.-Y. VERKINDT, « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 425.

⁶⁹⁵ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, n° 379, p. 187 : « *la procédure de concertation organise (...) une confrontation d'arguments contradictoires* ».

⁶⁹⁶ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 2, g), *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029 ; Adde *Circ. DRT* n° 12, 30 nov. 1984, pt. 1.1.4.

⁶⁹⁷ *C. trav.*, art. L. 2312-15, al. 1.

être déduit des circonstances⁶⁹⁸. Le comité social et économique exprime rationnellement son adhésion ou son rejet de l'argumentation de l'employeur⁶⁹⁹. Il s'agit d'en prendre acte par le biais d'une interrogation explicite de l'employeur⁷⁰⁰. L'avis, pour être valable, doit être formellement identifiable⁷⁰¹ et résulter d'une conscience collégiale⁷⁰². Il doit prendre la forme d'une « *expression collective* »⁷⁰³. Cette exigence de réciprocité conditionne la teneur des débats et de ses suites, l'employeur étant tenu de répondre aux observations du comité social et économique⁷⁰⁴ et de motiver la suite donnée à ses vœux et avis⁷⁰⁵. L'exigence de motivation est toutefois particulière et ne se confond pas avec la démonstration ou la justification⁷⁰⁶. Justifier, c'est vouloir convaincre d'un bien-fondé⁷⁰⁷. Or, la réponse de l'employeur s'entend de réponses claires et précises aux questions du comité social et économique,

⁶⁹⁸ *Contra* L. MARQUET DE VASSELLOT, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJS* 2000. 607, l'auteur se fondant sur les dispositions légales sans prendre en compte les apports jurisprudentiels.

⁶⁹⁹ G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'évènement », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 197 : « *La discussion authentique est, selon Habermas, celle qui se donne comme règle celle de l'argumentation, ce qui signifie que le mouvement et (éventuellement) la conclusion de la discussion ne peuvent avoir d'autre moteur que l'adhésion "rationnelle" des participants à l'interprétation que chacun propose du sens de ce qui est l'objet de la discussion* ».

⁷⁰⁰ Cass. crim., 27 mars 2012, n° 11-80.565, *Bull. crim.*, n° 83 ; *Dr. soc.* 2012. 720, obs. A. Martinel ; *D.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec ; *JCP S* 2012. 1276, note T. Passerone ; *JCP E* 2012. 1280, note F. Duquesne ; *RJS* 2012. 638 ; *BJS* 2012, n° 5, p. 432.

⁷⁰¹ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1299, p. 1690 : « *L'avis, en tout cas, implique un vote qui l'arrête, le formalise* ».

⁷⁰² Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23.206, *Bull. civ.* V, n° 7 ; *RJS* 2012. 260 ; *Dr. soc.* 2012. 318, obs. F. Petit ; *RDT* 2012. 233, obs. F. Signoretto ; *D.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec ; *JCP S* 2012. 1101, note J.-B. Cottin ; *JCP E* 2012. 1148, note V. Caron & A.-L. Dodet.

⁷⁰³ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1013, p. 767.

⁷⁰⁴ C. trav., art. L. 2312-15, al. 2.

⁷⁰⁵ C. trav., art. L. 2312-15, al. 6.

⁷⁰⁶ L. AYNÈS, « Motivation et justification », *RDC* 2004. 555 : « *Au sens strict, motiver n'est pas justifier. Dans la justification se glisse un jugement sur la relation entre l'acte et la cause : cette relation est ou non conforme au droit, à la justice, à la raison ou à l'équité ; ce jugement implique celui qui juge. Dans la motivation, au contraire, nul jugement. Il s'agit seulement de communiquer les causes de la décision : faire connaître par quel cheminement interne l'agent est parvenu à l'acte de volonté qu'il accomplit* ».

⁷⁰⁷ A. VILLEGER, « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion (seconde partie) », *Dr. soc.* 2019. 426.

ainsi qu'une mise à l'étude de ses suggestions⁷⁰⁸. Elle n'implique aucun contrôle du bien-fondé de sa décision⁷⁰⁹. Contrairement à ce qui a pu être soutenu, il n'y a pas d'exigence de démonstration pour l'employeur⁷¹⁰. Tout au plus y a-t-il une exigence d'*explication* à travers laquelle une forme d'« *acceptabilité sociale* »⁷¹¹ de la décision émerge⁷¹². La motivation attachée à l'obligation de réponse de l'employeur n'a d'autre

⁷⁰⁸ Cass. soc., 2 mars 1999, n° 97-15.625, *Dr. ouvr.* 1999. 2 ; *RJS* 1999. 497 ; Cass. soc., 9 févr. 2000, n° 98-12.143, *Bull. civ.* V, n° 62 ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 137, p. 21 ; *RJS* 2000. 269 ; *Dr. soc.* 2000. 446, obs. J. Savatier ; *JCP E* 2000. 590 ; *JCP G* 2000. 1559 ; *D.* 2000. 89 : « Mais attendu, d'abord, qu'ayant relevé qu'il résultait des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise que la société avait fourni au comité des réponses claires et précises sur l'ensemble des questions posées par les membres du comité, la cour d'appel a pu décider que l'employeur avait satisfait à l'obligation légale d'une réponse motivée aux observations du comité d'entreprise ».

⁷⁰⁹ P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17 ; *Comp. E. PESKINE & C. WOLMARK, Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1235, p. 747.

⁷¹⁰ *Contra* E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 206, p. 135 : « À la lecture des décisions rendues en référé, il apparaît que l'employeur, dans le cadre de l'obligation d'information et de consultation qui lui incombe, ne doit pas se contenter de renseigner, fut-ce en temps utile, les représentants du personnel. L'affirmation peut sembler banale, il convient toutefois d'en mesurer la portée. Les juges attendent de l'employeur qu'il délivre aux représentants du personnel une argumentation détaillée et circonstanciée. Le parti pris de gestion que constitue l'initiative, qui a pour conséquence une mise en cause de l'emploi, doit pouvoir faire l'objet d'une véritable démonstration » (nous soulignons) ; A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285 : « La procédure fait en effet naître à la charge de l'employeur une exigence de démonstration (...). L'obligation de l'employeur n'a donc pas un objet purement documentaire ; elle dépasse les canons d'une obligation de renseignement » (nous soulignons) ; *Comp. F. JOUBERT, La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 396, p. 261.

⁷¹¹ G. FRANÇOIS, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Dr. soc.* 2018. 126, l'auteur employant l'expression relativement aux décisions de justice.

⁷¹² L. GAMET, « L'information du CE préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration », *SSL* 2008, n° 1380, p. 6 : « L'employeur n'a pas à développer un argumentaire précis et écrit destiné à justifier ses choix de gestion, ou bien encore à contredire les alternatives de gestion suggérées par le comité d'entreprise par écrit ».

but que d' « échapper à la brutalité de l'arbitraire »⁷¹³. L'unilatéralisme est infléchi, mais demeure⁷¹⁴. Un surcroît de légitimité est aussi conféré à la décision adoptée⁷¹⁵.

85. Conclusion de paragraphe. L'éthique de la discussion habermassienne irrigue l'obligation de consultation du comité social et économique, laquelle doit répondre aux exigences de réversibilité, d'universalité et de réciprocité. Ces règles donnent corps à la substance de la procédure de consultation, à sa raison d'être. Lorsque la procédure de consultation ne répond pas à ces impératifs, elle est vidée de sa substance, et donc de son sens.

86. Conclusion de section. L'employeur est sommé de consulter le comité social et économique, lequel a pour mission d'exprimer les intérêts des salariés dans le processus décisionnel. Le sens de la consultation n'est pas évident, puisque l'avis remis par le comité ne lie pas l'employeur. La question de sa nécessité se pose inlassablement. Pour justifier la consultation du comité social et économique, il faut la situer à l'intermédiation de deux éléments : l'institution d'une procédure et l'éthique de la discussion. L'institution d'une procédure explique la contrainte formelle attachée à

⁷¹³ L. AYNÈS, « Motivation et justification », *RDC* 2004. 555 : « Motiver, c'est parler, expliquer ; partant permettre au destinataire d'accéder à la compréhension - qui n'est pas nécessairement approbation - ; et, de ce fait, échapper à la brutalité de l'arbitraire » ; J.-M. BÉRAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 55 : « Les exigences d'explication, de justification, de motivation se sont multipliées et pèsent de plus en plus sur le fond de la décision. Ce devoir de parole participe de la construction d'un espace plus imprégné par le droit tant il est vrai que la levée des silences conditionne la levée des arbitraires » (nous soulignons).

⁷¹⁴ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.521, p. 779 : « La consultation est alors le moyen d'infléchir l'unilatéralisme du pouvoir de l'employeur en associant au processus décisionnel les représentants élus du personnel, encore qu'il n'appartienne qu'à l'employeur de modifier son projet pour tenir compte de leur avis » ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n° 337, p. 245 : « Si la consultation ne s'inscrit pas dans une logique de contrat, c'est qu'elle ne vise pas l'acceptation de la décision mais seulement son acceptabilité ».

⁷¹⁵ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel », *Dr. ouvr.* 1986. 355 : « Les décisions patronales arrêtées après intervention du comité puisent dans cette dernière un surcroît de légitimité : elles sont présumées avoir "pris en compte" - mais nullement respecté - les intérêts des travailleurs puisque tel est le sens de leur représentation » ; P. LOKIEC, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJS* 2018, n° 1, p. 47 : « Ce modèle repose tout entier sur l'éthique de la discussion, c'est-à-dire sur cette idée que la décision patronale, pour être juste, doit avoir été préalablement discutée avec ceux à qui elle va s'appliquer, ou leurs représentants » ; Adde D. GAIRE-SIMONNEAU, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, LGDJ, 2016, n° 438, p. 368.

l'obligation de consultation du comité social et économique ; l'éthique de la discussion explique la contrainte substantielle qui y est attachée. Le sens de la consultation identifié, les impératifs qui s'en déduisent irriguent tant la consultation du comité social et économique sur une décision unilatérale de l'employeur, que celle sur une décision négociée.

Section 1. La consultation sur une décision unilatérale de l'employeur

87. L'obligation de consultation du comité social et économique sur une décision unilatérale de l'employeur naît de multiples règles. La sédimentation de l'obligation de consultation du comité social et économique est patente. Le législateur a procédé par addition de textes, rarement par soustraction. Le champ de la consultation du comité social et économique est conséquent. Au titre de ses attributions économiques, ses consultations sont récurrentes et ponctuelles. Les consultations ponctuelles sont elles-mêmes divisées en des consultations au titre des attributions générales du comité social et économique et au titre d'attributions spéciales. L'articulation des consultations récurrentes et ponctuelles doit d'abord être explicitée (§1). L'articulation des consultations au titre des attributions générales et spéciales du comité social et économique sera ensuite précisée (§2).

§1. L'articulation des consultations récurrentes et ponctuelles

88. Une variété de consultations. Le champ de la consultation du comité social et économique est étendu⁷¹⁶ : sa consultation en est rendue « *quasi-permanente* »⁷¹⁷. La consultation du comité est prévue par le code du travail à deux titres : au titre de ses

⁷¹⁶ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1041, p. 475 : « les textes législatifs ne manquent pas qui imposent à l'employeur, avant d'arrêter sa décision, de recueillir l'avis du comité social et économique ».

⁷¹⁷ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 973, p. 738.

attributions récurrentes⁷¹⁸ et ponctuelles⁷¹⁹. Dans une perspective de rationalisation⁷²⁰, le législateur a regroupé dix-sept consultations en trois consultations annuelles⁷²¹ : la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise, et la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi⁷²². Ces consultations sont récurrentes et portent sur des décisions-cadres, soit le support de décisions futures⁷²³. Le comité social et économique est aussi consulté au titre de ses attributions ponctuelles, mais l'organisation de ces consultations est « *un peu brouillonne* »⁷²⁴. Les thèmes évoqués à ce titre par le code du travail sont à recouper avec les attributions générales et spéciales du comité⁷²⁵. Ces thèmes sont identifiés spécifiquement à raison de leurs objets et donnent lieu à des dispositions spéciales dans le code du travail : il s'agit de la consultation sur la mise en œuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés, la restructuration et la compression des effectifs, le licenciement collectif pour motif économique, l'opération de concentration, l'offre publique d'acquisition, et la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire⁷²⁶.

89. L'articulation des consultations récurrentes et ponctuelles. L'articulation des consultations récurrentes et ponctuelles n'est pas évidente, car le législateur n'en a

⁷¹⁸ C. trav., art. L. 2312-17 et s.

⁷¹⁹ C. trav., art. L. 2312-37 et s.

⁷²⁰ J.-Y. KERBOURC'H, « La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015 », *JCP S* 2015. 1353 ; J. DIRRINGER, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouvr.* 2016. 56.

⁷²¹ E. COLIN, « Progrès et reculs du principe de participation », *SSL* 2015, n° 1676, p. 5 : « *Cet exercice de rationalisation, dès lors qu'il est réalisé à droit constant pour les instances de représentation du personnel, ne peut que clarifier et rendre plus intelligible pour l'ensemble des acteurs de l'entreprise une réglementation aujourd'hui éparpillée et souvent jugée absconse* ».

⁷²² C. trav., art. L. 2312-17.

⁷²³ J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 : « *La notion de décision a été précisée dans son rapport à l'action : il existe les décisions immédiatement suivies d'effets et celles qui ont un rapport plus lointain avec ces actions. Il est même des décisions qui ont pour objet d'autres décisions ayant ultérieurement vocation à être prises* ».

⁷²⁴ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 881, p. 825.

⁷²⁵ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 881, p. 825 : « *La sous-section intitulée "Consultations et informations ponctuelles" ne regroupe pas, en effet, tous les thèmes. L'article L. 2312-8 placé dans une sous-section intitulée "Attributions générales" en accueille certains et d'autres sont dispersés dans le Code du travail* ».

⁷²⁶ C. trav., art. L. 2312-37.

prévu aucune⁷²⁷. Les juridictions du fond de l'ordre judiciaire se sont divisées sur la nécessaire évocation d'un projet ponctuel au sein d'une consultation récurrente du comité social et économique⁷²⁸. La question s'est posée s'agissant de la consultation récurrente sur les orientations stratégiques de l'entreprise. À l'admettre, un lien serait établi entre les consultations récurrentes et ponctuelles, le contenu des premières conditionnant l'existence des secondes⁷²⁹.

90. L'autonomie des consultations. La Cour d'appel de Paris avait considéré que les consultations ponctuelles étaient autonomes des consultations récurrentes du comité social et économique⁷³⁰. L'employeur n'avait pas, préalablement à la consultation ponctuelle du comité social et économique sur le projet de réorganisation des services informatiques, à réitérer la consultation récurrente sur les orientations stratégiques de l'entreprise⁷³¹. Les consultations sont déclarées indépendantes l'une de l'autre⁷³². Les orientations stratégiques de l'entreprise ont nécessairement un caractère général : lorsqu'un projet ponctuel se présente, il n'y a pas lieu de différer ou d'anticiper la consultation récurrente sur les orientations stratégiques. Cette jurisprudence s'est, depuis, maintenue⁷³³.

91. La dépendance des consultations. Le Tribunal judiciaire de Nanterre, avant d'être désavoué par la Cour d'appel de Versailles⁷³⁴, avait adopté une position différente, en entérinant une dépendance des consultations récurrentes et ponctuelles. Le projet de cession qui avait été soumis à la consultation du comité social et

⁷²⁷ I. ODOUL-ASOREY, « L'information-consultation du CSE sur les orientations stratégiques et celle sur un projet de gestion impactant en termes d'emploi : quelle(s) articulation(s) ? », note ss. TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211, *SSL* 2020, n° 1894, p. 51.

⁷²⁸ *Comp.* N. GSSIME, « Consensus des juges sur l'autonomie des consultations du CSE sur le PSE et sur les orientations stratégiques », *SSL* 2023, n° 2038, p. 4.

⁷²⁹ C. MARTIN, A. BORESTEL & Y. KAUNY, « De nouvelles précisions jurisprudentielles sur les orientations stratégiques », *JCP S* 2022. 1159.

⁷³⁰ CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/09307, *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *Cah. soc.* 2018, n° 309, p. 343, note L. Hamoudi ; *RJS* 2018. 545 ; *BJT* 2018, n° 1, p. 34, note F. Aknin ; *SSL* 2018, n° 1820, p. 11, note F. Aubonnet ; *Rappr.* TGI Paris, 18 avr. 2017, n° 16/17273.

⁷³¹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 988, p. 749 et s.

⁷³² G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.54, p. 735.

⁷³³ TJ Paris, 21 sept. 2021, n° 21/05295 ; CA Paris, 31 janv. 2019, n° 18/16898.

⁷³⁴ CA Versailles, 12 juill. 2018, n° 18/04069, *BJT* 2018, n° 1, p. 34, note F. Aknin..

économique aurait dû être précédé de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise⁷³⁵. La solution semblait s'appuyer sur le caractère stratégique du projet soumis à la consultation du comité, lequel n'avait pas été évoqué lors de la dernière consultation récurrente sur les orientations stratégiques de l'entreprise. La consultation ponctuelle révélait l'insuffisance du contenu de la consultation récurrente antérieure⁷³⁶. La suspension du projet de cession s'imposait le temps de la réalisation de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise⁷³⁷. Ce jugement appréhendait la consultation récurrente comme ayant une « *dimension structurante* »⁷³⁸ de la consultation ponctuelle : les consultations récurrentes seraient des consultations primaires, tandis que les consultations ponctuelles seraient des consultations secondaires. Ce raisonnement conduisait à faire de la consultation ponctuelle une « *déclinaison concrète d'une orientation stratégique* »⁷³⁹. Le jugement rendu par le Tribunal judiciaire de Senlis s'inscrivait dans ce sillon, les juges ayant vérifié que le projet de cession de magasins lancé peu après la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise avait été évoqué lors de celle-ci⁷⁴⁰. Le Tribunal rappelle néanmoins que la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise porte sur une stratégie générale et n'a pas à décliner ces orientations sous la forme de projets spécifiques. En d'autres termes, lors de la consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques de l'entreprise, seule l'évocation des grandes lignes d'un projet ponctuel futur s'impose, une consultation ponctuelle permettant le cas échéant de décliner plus précisément le projet⁷⁴¹.

⁷³⁵ TGI Nanterre, réf., 30 mai 2018, n° 18/00552, *SSL* 2018, n° 1819, p. 10, note M. Caro & F. Champeaux ; *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *Rapp.* TGI Nanterre, réf., 28 mai 2018, n° 18/01187 ; TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211, *BJT* 2019, n° 9, p. 33, note L. Aluome ; *Dr. ouvr.* 2020. 250, note L. Milet ; *SSL* 2020, n° 1894, p. 51, note I. Odoul-Asorey.

⁷³⁶ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 17^e éd., LGDJ, 2022, n° 973, p. 735 : « *Ce n'est donc pas le caractère plus ou moins proche des deux consultations qui doit être pris en compte mais bien le caractère stratégique plus ou moins important de la décision patronale. Si le projet soumis au comité constitue bien un changement de la stratégie ou une inflexion de celle-ci telle qu'elle a été présentée lors de la consultation sur les orientations stratégiques, cette dernière est réputée incomplète ou inexistante et doit être réitérée au moment où se décide précisément une nouvelle stratégie* ».

⁷³⁷ TGI Nanterre, réf., 30 mai 2018, n° 18/00552, *SSL* 2018, n° 1819, p. 10, note M. Caro & F. Champeaux ; *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec.

⁷³⁸ V. DEVOS, « Les nouveaux moyens d'action des instances représentatives du personnel face au délai préfix », *JCP S* 2019. 1147.

⁷³⁹ CA Paris, 29 oct. 2020, n° 20/04265.

⁷⁴⁰ TGI Senlis, réf., 26 mars 2019, n° 19/00350.

⁷⁴¹ TJ Créteil, réf., 24 juin 2022, n° 22/00315.

92. La logique des consultations. Ces décisions judiciaires en faveur de la dépendance ou de l'autonomie des consultations récurrentes et ponctuelles ne sont pas forcément en opposition, car les projets ponctuels relevaient en certains cas de la stratégie de l'entreprise. Leur évocation lors de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise était attendue. La thèse de l'autonomie des consultations récurrentes et ponctuelles emporte toutefois la conviction⁷⁴². Ces consultations obéissent à une logique de complémentarité sans miscibilité. Les consultations récurrentes fournissent une « *photographie* »⁷⁴³ de l'entreprise à un instant donné : sont discutées des orientations, une situation, une politique⁷⁴⁴. Les consultations ponctuelles traitent d'un projet unique ne répondant à aucune récurrence⁷⁴⁵. La dépendance entre ces consultations n'est pas justifiée⁷⁴⁶, car le projet ponctuel peut ne pas encore exister lors des consultations récurrentes⁷⁴⁷. Cela est potentiellement le cas si la périodicité des consultations récurrentes est modifiée par accord⁷⁴⁸. Dans l'hypothèse d'une

⁷⁴² CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/09307, *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *Cah. soc.* 2018, n° 309, p. 343, note L. Hamoudi ; *RJS* 2018. 545 ; *BJT* 2018, n° 1, p. 34, note F. Aknin ; *SSL* 2018, n° 1820, p. 11, note F. Aubonnet ; TJ Paris, 21 sept. 2021, n° 21/05295 ; CA Paris, 31 janv. 2019, n° 18/16898.

⁷⁴³ V. DEVOS, « Les nouveaux moyens d'action des instances représentatives du personnel face au délai préfix », *JCP S* 2019. 1147 : « *les consultations récurrentes et ponctuelles ne poursuivent pas le même objectif. Les consultations récurrentes, et non uniquement celle sur les orientations stratégiques, ont vocation à fournir une photographie à un instant donné d'une situation, dans un contexte et un engagement déterminés et non de créer un engagement pour l'avenir* ».

⁷⁴⁴ C. trav., art. L. 2312-17.

⁷⁴⁵ F. AKNIN, « Projet ponctuel et orientations stratégiques : l'indispensable autonomie des consultations », *BJT* 2018, n° 1, p. 34.

⁷⁴⁶ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.55, p. 734 et s. ; *Contra* I. ODOUL-ASOREY, « L'information-consultation du CSE sur les orientations stratégiques et celle sur un projet de gestion impactant en termes d'emploi : quelle(s) articulation(s) ? », note ss. TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211, *SSL* 2020, n° 1894, p. 51 : « *loin de contredire le régime de la procédure d'information-consultation sur les orientations stratégiques arrêtées et leurs conséquences sur l'emploi dessiné par le législateur, l'affirmation de son caractère nécessairement préalable à celle d'un projet de gestion impactant sur l'emploi contribuerait à son déploiement. Tout comme au respect de l'exigence d'antériorité qui exige l'enclenchement de la procédure sur un projet de gestion avant que le principe de ce projet ne soit arrêté par les organes dirigeants, le cas échéant. Au moins s'agissant d'un projet de gestion impactant en termes d'emploi, dont les orientations stratégiques seraient le soutien nécessaire. En ce cas, le caractère préalable à celle sur un projet de gestion, de l'information-consultation sur les orientations stratégiques, garantit l'effet utile de chacune de ces procédures* ».

⁷⁴⁷ V. DEVOS, « Les nouveaux moyens d'action des instances représentatives du personnel face au délai préfix », *JCP S* 2019. 1147 : « *il s'agit d'orientations donc d'une tendance, d'axes de développement, de lignes directrices. Il s'agit de stratégie qui par nature concerne le cœur de métier, l'activité principale. Or, l'évolution de l'économie, les retournements rapides des marchés, la survenance d'opportunité, l'appartenance à un groupe peuvent fondamentalement remettre en cause les orientations stratégiques définies, accélérer certaines réflexions ou au contraire amener à devoir y renoncer* ».

⁷⁴⁸ C. trav., art. L. 2312-19, 1^o.

consultation annuelle devenue triennale, anticiper un projet ponctuel à venir dans ce délai est parfois difficile⁷⁴⁹. Un éventuel changement de stratégie postérieurement à la consultation du comité social et économique n'implique pas non plus une nouvelle consultation de ce dernier avant l'échéance à venir⁷⁵⁰. La consultation récurrente sur les orientations stratégiques de l'entreprise n'est pas, pour l'employeur, un « *engagement pour l'avenir* »⁷⁵¹. Il n'a pas à attendre l'échéance des consultations récurrentes, ou à anticiper celles-ci, lorsqu'un projet ponctuel se présente⁷⁵².

93. Une analogie possible. L'analogie avec une articulation ancienne entre la consultation sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications, la négociation obligatoire relative à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et la consultation sur un licenciement collectif pour motif économique, peut conforter l'analyse⁷⁵³. Il s'agissait de déterminer si la régularité de la consultation du comité sur le licenciement collectif était subordonnée au respect par l'employeur de l'accomplissement d'une consultation récurrente ou d'une négociation obligatoire⁷⁵⁴. Selon la Cour de cassation, la consultation ponctuelle sur le licenciement collectif pour

⁷⁴⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER & P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, 1^e éd., Dalloz, 2018, n° 432.53, p. 716 : « un projet particulier peut présenter un caractère d'opportunité - comme une cession de site - et ne pas avoir été anticipé à l'époque de la consultation sur les orientations stratégiques. Cet état de fait peut être aggravé lorsqu'il a été convenu d'une périodicité pluriannuelle de la consultation, la pratique montrant d'ores et déjà que plusieurs accords collectifs fixent une périodicité de trois ans ».

⁷⁵⁰ A.-L. FRANCIS & P. VIVIEN, « La base de données économiques et sociales : quels choix pour l'entreprise ? », *JCP S* 2014. 1134 : « D'une façon générale, les stratégies évoluent rapidement ; des événements exceptionnels se produisent, des occasions d'acquisition ou de diversification se présentent. Certains de ces changements peuvent entraîner des conséquences sociales négatives. Si ces événements n'avaient pas été envisagés lors de la consultation sur les orientations stratégiques, l'employeur doit-il à nouveau réunir le comité d'entreprise ? À condition qu'il ait été de bonne foi, la réponse est négative. La consultation sur les orientations stratégiques est de périodicité annuelle. Dans ce cas, il conviendra de justifier le caractère soudain de l'opération en cause et d'expliquer le décalage entre les prévisions et la réalité des faits au regard de la consultation sur les orientations stratégiques » ; J. HARTEMANN, « La consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques et leurs conséquences sociales : aspects juridiques et pratiques », *JCP S* 2014. 1467 : « En cas de changement de stratégie en cours d'année, il ne semble pas qu'il y ait une nécessité de consulter à nouveau le comité d'entreprise avant l'année suivante ».

⁷⁵¹ V. DEVOS, « Les nouveaux moyens d'action des instances représentatives du personnel face au délai préfix », *JCP S* 2019. 1147.

⁷⁵² V. ARMILLEI, « La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ? », *Dr. soc.* 2021. 47 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 984, p. 747.

⁷⁵³ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.55, p. 735.

⁷⁵⁴ F. GÉA, « GPEC vs. PSE : fin de partie », *RDT* 2009. 715.

motif économique n'était subordonnée ni à l'une, ni à l'autre⁷⁵⁵. L'autonomie des consultations récurrentes et ponctuelles ayant déjà été consacrée, la Cour de cassation n'a eu qu'à puiser dans sa jurisprudence antérieure pour confirmer la logique qui les sous-tend.

94. Une jurisprudence attendue de la Cour de cassation. La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur l'articulation entre les consultations récurrentes et ponctuelles du comité social et économique⁷⁵⁶. Selon la Cour de cassation, la consultation ponctuelle n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité social et économique sur les orientations stratégiques de l'entreprise⁷⁵⁷. Au travers de la notice explicative de l'arrêt, la Cour de cassation indique que par son objet et par sa temporalité, la consultation récurrente sur les orientations stratégiques de l'entreprise a été définie « *indépendamment des consultations ponctuelles* »⁷⁵⁸. La généralité de la solution assure une autonomisation complète des consultations ponctuelles vis-à-vis des consultations récurrentes⁷⁵⁹. Gageons que cette jurisprudence se maintiendra dans le temps.

⁷⁵⁵ Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 07-20.525, *Bull. civ. V*, n° 217 ; *RJS* 2009. 915 ; *D.* 2009. 2494, obs. B. Ines ; *RDT* 2009. 715, obs. F. Géa ; *D.* 2010. 672, obs. A. Fabre ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 365, p. 22 ; *JCP S* 2009. 1526, note F. Aubonnet & C. Ventéjou ; *Dr. ouvr.* 2010. 147, note P. Tillie & T. Katz ; « *la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications (...) ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (...)* » ; *Adde ANI* du 11 janv. 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, art. 9, a) : « *En tant que démarche globale d'anticipation, la GPEC doit être entièrement dissociée de la gestion des procédures de licenciements collectifs et des PSE* ».

⁷⁵⁶ COUR DE CASSATION, Notice explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 21 sept. 2022, n° 20-23.660.

⁷⁵⁷ Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-23.660, *Bull. civ. V* ; *BJS* 2022, n° 11, p. 6, note G. Auzero ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 31, p. 27 ; *BJT* 2022, n° 11, p. 26, note C. Mariano ; *RJS* 2022. 572 ; *JCP E* 2022. 1394, note L. Aluome ; *JCP S* 2022. 1254, note G. Loiseau ; *SSL* 2022, n° 2016, p. 6, note F. Aubonnet ; *RDS* 2023. 49, obs. P. Lagesse & V. Armillei ; *Dr. ouvr.* 2022. 527, note I. Taraud.

⁷⁵⁸ COUR DE CASSATION, Notice explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 21 sept. 2022, n° 20-23.660 : « *par son objet et par sa temporalité, cette consultation a été définie indépendamment des consultations ponctuelles. Elle offre un cadre à une discussion prospective sur l'avenir général de l'entreprise, distincte des consultations ponctuelles du comité social et économique relatives à un projet déterminé de l'employeur ayant des répercussions sur l'emploi, notamment en matière de restructurations* ».

⁷⁵⁹ C. MARIANO, « *Articulation des consultations du CSE : pas d'obligation de coordonner les consultations ponctuelles avec la consultation récurrente sur les orientations stratégiques* », note ss. Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-23.660, *BJT* 2022, n° 11, p. 26 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.55, p. 735.

95. Conclusion de paragraphe. Le code du travail distingue les consultations récurrentes et ponctuelles du comité social et économique sans organiser leur articulation. La jurisprudence s’y est attelée. En vain d’abord, car les juridictions du fond de l’ordre judiciaire se sont opposées. Entre autonomie et dépendance, la thèse de l’autonomie devait sans doute être préférée, laissant dans l’attente d’une position de la Cour de cassation l’impression d’un régime consultatif inachevé. La Cour de cassation a désormais tranché en faveur de l’autonomie des consultations récurrentes et ponctuelles du comité social et économique.

§2. L’articulation des attributions générales et spéciales

96. Le comité social et économique dispose d’attributions générales, lesquelles justifient sa consultation sur les décisions de l’employeur en dehors de tout texte spécial. La disposition relative aux attributions générales du comité social et économique souffre d’une rédaction maladroite. L’étendue des attributions générales du comité social et économique étant imprécise, la jurisprudence s’est attachée à la délimiter (I). Son articulation avec les attributions spéciales du comité social et économique reste à éclaircir (II).

I. La portée incertaine des attributions générales

97. Les attributions générales. Les attributions générales du comité social et économique transcendent la distinction des consultations récurrentes et ponctuelles, tout en s’inscrivant dans les secondes⁷⁶⁰. Avec ses attributions générales, le champ de la consultation du comité social et économique est « *immense* »⁷⁶¹. Le comité a pour objet l’expression collective des intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion et à l’évolution économique et financière de l’entreprise, à l’organisation du

⁷⁶⁰ Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235.

⁷⁶¹ B. TEYSSIÉ, « Le principe de compétitivité en droit du travail », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 405, spéc. p. 409.

travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production⁷⁶². Il est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise⁷⁶³, ainsi que sur les conséquences environnementales de celles-ci⁷⁶⁴. Ces différents termes sont redondants et permettent de saisir tous les domaines dans lesquels une décision de l'employeur peut être prise⁷⁶⁵. Toute décision de l'employeur, ou presque, intéresse potentiellement l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise⁷⁶⁶. Dès lors, la consultation du comité social et économique est requise tant pour les décisions affectant la structuration interne de l'entreprise que la gestion du personnel et la gestion industrielle, commerciale, financière ou patrimoniale⁷⁶⁷. Les décisions qui échappent à la consultation du comité social et économique sont peu nombreuses⁷⁶⁸. Le comité social et économique est un interlocuteur « *quasi-permanent* »⁷⁶⁹ de l'employeur.

98. Typologie des décisions. La consultation du comité social et économique s'organise autour d'une décision⁷⁷⁰. Les décisions susceptibles de faire l'objet d'une consultation du comité social et économique sont variées et ne sont pas toutes des

⁷⁶² C. trav., art. L. 2312-8, I.

⁷⁶³ C. trav., art. L. 2312-8, II.

⁷⁶⁴ C. trav., art. L. 2312-8, III.

⁷⁶⁵ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 651 ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1237, p. 748 : « *Il n'est en réalité guère de domaine de la gestion de l'entreprise qui échappe à l'obligation de consultation du comité social et économique. La formule utilisée par l'article L. 2312-8 du Code du travail ("organisation, gestion et marche générale de l'entreprise") en suggère l'étendue* ».

⁷⁶⁶ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *la marche générale est une expression vide de sens, dès lors qu'elle se confond avec l'état d'une entreprise par définition même en état de fonctionnement* » ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1042, p. 476 : « *le comité social et économique doit être consulté sur les questions d'importance (...) intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, formule susceptible de déclinaisons multiples car nulle décision du chef d'entreprise, prise en cette qualité, ne demeure sans incidence sur l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entité dont il a la charge* ».

⁷⁶⁷ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1024, p. 774.

⁷⁶⁸ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1044, p. 477 : « *Rares sont les décisions qui échappent à l'impératif précédent* ».

⁷⁶⁹ B. TEYSSIÉ, « Le syndrome de Troie », *JCP S* 2018. 1229.

⁷⁷⁰ E. LAFUMA, « De la stratégie comme objet d'information et de consultation du comité d'entreprise », *SSL* 2008, n° 1380, p. 11 : « *la procédure d'information et la consultation du comité d'entreprise est organisée autour d'une décision* » ; J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169.

décisions *stricto sensu*⁷⁷¹. Le code du travail emploie les termes de « décisions »⁷⁷², « mesures »⁷⁷³, « questions »⁷⁷⁴... Gloser sur une définition rigoureuse de la décision est vain, car la consultation du comité social et économique n'est pas tributaire de la nature de la décision, laquelle peut même résulter d'un fait involontaire⁷⁷⁵. Depuis une jurisprudence désormais classique, la décision s'entend d'une « manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise »⁷⁷⁶. Cette définition est rarement reprise par les juges du fond⁷⁷⁷. Elle complète la solution jurisprudentielle selon laquelle lorsque la décision s'inscrit dans une procédure complexe comportant des décisions échelonnées, le comité social et économique doit être consulté « à l'occasion de chacune d'elles »⁷⁷⁸. La définition de la décision posée par la Cour de cassation reste pourtant lacunaire.

99. Manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise. Selon certains auteurs⁷⁷⁹, la manifestation de volonté, telle qu'évoquée par la Cour de cassation⁷⁸⁰, pourrait renvoyer à la définition des actes juridiques de l'article 1100-1

⁷⁷¹ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1298, p. 1689 : « Il est important de souligner que là où l'article L. 2312-14 du Code du travail vise les "décisions" de l'employeur, l'article L. 2312-8 du même code, dont on sait qu'il fixe la compétence générale du comité, prescrit sa consultation sur les "questions" intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Cela conduit à imposer la saisine pour avis du comité social et économique dans des hypothèses où, à proprement parler, il n'y a pas de "décision" de l'employeur débiteur de l'obligation de consultation ».

⁷⁷² C. trav., art. L. 2312-8, al. 1 et L. 2312-14, al. 1.

⁷⁷³ C. trav., art. L. 2312-8, 1^o.

⁷⁷⁴ C. trav., art. L. 2312-8, al. 2.

⁷⁷⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.83, p. 742 : « Si la nature du motif est à présent sans conséquence, il ne compte pas davantage que le motif soit un fait volontaire - en général une décision unilatérale de l'employeur - ou un fait involontaire - comme l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ».

⁷⁷⁶ Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *Bull. civ. V*, n° 375 ; *D.* 1998. 245, obs. A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1998. 87, obs. M. Cohen ; *RJS* 1997. 1391 ; *TPS* 1997. 324, note X. Prétot ; *Dr. ouvr.* 1998. 49, concl. Y. Chauvy ; *BJS* 1998, n° 3, p. 245, note A. Arséguet ; *JCP G* 1997. 2524 ; *RDSS* 1998. 341, obs. P.-Y. Verkindt ; Cass. soc., 18 juin 2003, n° 01-21.424, *RJS* 2003. 1033.

⁷⁷⁷ Seuls deux arrêts ont pu être identifiés (CA Paris, 4 juill. 2007, n° 07/03354 ; CA Paris, 28 janv. 2013, n° 12/18102, *RJS* 2013. 388 ; *Cah. soc.* 2013, n° 251, p. 121, note A. Stocki).

⁷⁷⁸ Cass. soc., 7 févr. 1996, n° 93-18.756, *Bull. civ. V*, n° 47 ; *Dr. soc.* 1996. 539, obs. M. Cohen ; *RJS* 1996. 417 ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 5, p. 12 ; *D.* 1996. 79 ; *JCP G* 1996. 744 ; *JCP E* 1996. 499 ; *Dr. ouvr.* 1996. 168.

⁷⁷⁹ V. ARMILLE & L. TOMBARELLO, « Les actes préparatoires à la cession de filiales à l'épreuve du principe d'antériorité de la consultation du CSE », *JCP S* 2019. 1105.

⁷⁸⁰ Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *Bull. civ. V*, n° 375, *préc.*

du Code civil⁷⁸¹. Pourtant, la décision, au sens de l'obligation de consultation du comité social et économique, ne s'entend pas nécessairement d'un acte juridique⁷⁸². La modification de l'ordre juridique n'est pas un critère de déclenchement de la consultation du comité social et économique⁷⁸³. L'absence de décision peut ainsi donner lieu à consultation⁷⁸⁴. Le critère relatif à l'organe dirigeant qui oblige l'entreprise est aussi restrictif, car il ne couvre pas les manifestations de volonté d'acteurs dépourvues de responsabilités de direction⁷⁸⁵. Leur volonté peut donner lieu à consultation du comité social et économique⁷⁸⁶. Dans le célèbre arrêt *Haulotte*, l'organe dirigeant n'avait pris aucune décision⁷⁸⁷. La cession de parts sociales avait été décidée par les actionnaires et emportait des conséquences pour les salariés : elle devait

⁷⁸¹ C. civ., art. 1100-1, al. 1 : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ».

⁷⁸² J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 652 ; A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285 ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1238, p. 749.

⁷⁸³ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 84, p. 55 : « l'absence de modification de l'ordre juridique n'est pas de nature à écarter la consultation du comité d'entreprise dès lors que la mesure envisagée relève de son champ d'intervention » ; A. LYON-CAEN, « Un projet intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise doit être précédé par la consultation du comité d'entreprise dès lors que l'objet de ce projet est suffisamment déterminé », obs. ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *D.* 1998. 245 : « "Une décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise". Ce disant, la Chambre sociale se défie de deux tentations réductrices. La première consiste à ne voir dans une décision qu'un acte modifiant l'ordonnancement juridique. La décision qui requiert la saisine préalable du comité d'entreprise a une possible variété d'objet et de portée juridique ».

⁷⁸⁴ Cass. crim., 10 mai 2016, n° 14-85.318, *Bull. crim.*, n° 140 ; *JCP G* 2016. 687, note F. Duquesne ; *BJS* 2016, n° 10, p. 576, note D. Baugard ; *Cah. soc.* 2016, n° 288, p. 442, note A. Casado ; *RJS* 2016. 572 ; *Dr. soc.* 2017. 145, obs. R. Salomon.

⁷⁸⁵ A. LYON-CAEN, « Un projet intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise doit être précédé par la consultation du comité d'entreprise dès lors que l'objet de ce projet est suffisamment déterminé », obs. ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *D.* 1998. 245 : « L'expression ne couvre pas non plus les manifestations de volonté qui émanent de personnes dépourvues de responsabilité de direction, alors pourtant qu'elles justifient l'intervention du comité d'entreprise. Ainsi en va-t-il lorsqu'un actionnaire, exerçant un pouvoir de contrôle, entend céder ses parts, ce qui annonce un changement de contrôle ».

⁷⁸⁶ Cass. crim., 2 mars 1978, n° 76-92.008, *Bull. crim.*, n° 83 ; *JCP G* 1979. II. 19052, note P. Salvage ; *RTD com.* 1979. 261, obs. R. Houin ; *Dr. soc.* 1978. 369, obs. J. Savatier ; Cass. crim., 29 oct. 1991, n° 90-84.302, *RJS* 1992. 47 ; *JCP E* 1992. 134 ; Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15.417, *Bull. civ.* V, n° 163 ; *Dr. soc.* 1996. 484, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 1996. 559 ; *BJS* 1996, n° 11, p. 939 ; *Dr. ouvr.* 1996. 317, note M. Miné ; *JCP E* 1996. 161, note G. Picca ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 37, p. 11, note J. Neret ; *Dr. soc.* 1996. 932, obs. G. Bélier & H.-J. Legrand.

⁷⁸⁷ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 653.

donc donner lieu à consultation du comité⁷⁸⁸. Le réalisme de la jurisprudence est implacable⁷⁸⁹ : que la décision n'appartienne pas en droit aux organes représentatifs de la société est indifférent⁷⁹⁰. L'employeur est tenu de consulter le comité social et économique même si la décision lui est imposée⁷⁹¹. Ce réalisme explique la jurisprudence relative aux opérations de concentration et de cession de filiales⁷⁹². La consultation du comité social et économique est due même si l'entreprise n'est pas obligée par une manifestation de volonté qui émane d'un organe dirigeant de

⁷⁸⁸ Cass. crim., 2 mars 1978, n° 76-92.008, *Bull. crim.*, n° 83 ; *JCP G* 1979. II. 19052, note P. Salvage ; *RTD com.* 1979. 261, obs. R. Houin ; *Dr. soc.* 1978. 369, obs. J. Savatier.

⁷⁸⁹ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 654 : « Rarement le droit des sociétés et l'écran de la personnalité morale n'auront été écartés avec autant de fermeté par la jurisprudence. Ce raisonnement, généralisé, conduirait à écarter la personnalité morale à chaque fois qu'elle masque une réalité qu'entend régir le droit du travail. Il est l'affirmation d'une primauté du droit du travail sur l'écran de la personnalité morale ».

⁷⁹⁰ CA Versailles, 15 avr. 2021, n° 21/00381, *RJS* 2021. 394 : « Le fait, également, que la décision impactant l'entreprise provienne d'un tiers à celle-ci n'est pas un obstacle de principe à l'application de l'article L. 2312-8 du code du travail, ce texte n'imposant pas que l'employeur, chargé de la mise en œuvre de l'information-consultation, soit l'auteur du projet donnant lieu à celle-ci. Les droits déclinés à l'article L. 2312-8 du même code doivent en effet s'exercer chaque fois que vient à se poser en fait à ceux qui dirigent l'entreprise une question entrant dans ses prévisions et ce, sans qu'il soit nécessaire que la décision appartienne en droit à ses organes représentatifs » ; *Rappr.* J. ICARD, « Le travail tient le sociétaire en l'état », note ss. CA Paris, 19 nov. 2020, n° 20/06549, *BJT* 2020, n° 12, p. 30 : « dans une conception traditionnelle, la consultation porte en principe sur des projets initiés par l'employeur. Pour autant, les termes du Code du travail n'y font absolument pas référence. En réalité, le lien entre le projet et l'auteur a progressivement disparu du Code du travail, preuve que cette question est devenue secondaire ».

⁷⁹¹ Cass. soc., 21 avr. 2022, n° 20-19.063, *RJS* 2022. 382 : « leur mise en œuvre était de nature à affecter les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle au sein de l'entreprise et devaient par conséquent faire l'objet d'une information-consultation du comité d'entreprise central, devenu comité social et économique central, de la société Enedis, peu important que leur mise en œuvre soit imposée à l'employeur et ne résulte pas d'une décision unilatérale de sa part » (nous soulignons).

⁷⁹² N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Opération de concentration et droit du comité d'entreprise », *RJS* 2011. 179 ; P. LAGESSE & L. TOMBARELLO, « Le comité d'entreprise et les opérations de concentration », *SSL* 2016, n° 1723, p. 5 ; R. CHISS & F. FROMENT-MEURICE, « Les attributions du comité d'entreprise à l'occasion d'opérations de cessions de parts ou d'actions », *JCP S* 2009. 1051 ; V. ARMILLEI & L. TOMBARELLO, « Les actes préparatoires à la cession de filiales à l'épreuve du principe d'antériorité de la consultation du CSE », *JCP S* 2019. 1105.

l'entreprise⁷⁹³ : il suffit d'être « *partie à l'opération* »⁷⁹⁴. C'est aussi pourquoi le comité social et économique d'une société contrôlée par une société mère, qui fait l'objet d'une offre publique d'acquisition, doit être consulté⁷⁹⁵. En définitive, tant la nature de la décision que ses initiateurs sont impuissants à fournir un critère d'identification de l'obligation de consultation du comité social et économique⁷⁹⁶. Le critère de l'importance de la décision a aussi été mobilisé.

100. Le critère de l'importance. Il est régulièrement soutenu que la décision doit revêtir une certaine importance pour donner lieu à consultation du comité social et économique⁷⁹⁷. La consultation ne s'imposerait que « *lorsque les mesures envisagées*

⁷⁹³ V. ARMILLEI & L. TOMBARELLO, « Les actes préparatoires à la cession de filiales à l'épreuve du principe d'antériorité de la consultation du CSE », *JCP S* 2019. 1105 : « *La décision devant donner lieu à consultation du CSE est enfin celle qui oblige "l'entreprise", notion qui dépasse largement les frontières de la société en tant qu'entité juridique dotée de la personnalité morale. Autrement dit, la "décision de l'organe dirigeant qui oblige l'entreprise" et qui donne lieu à consultation préalable du comité social et économique n'est pas nécessairement prise par l'organe dirigeant de la société à laquelle s'impose l'obligation de consultation. Le comité social et économique peut ainsi devoir être consulté sur une opération de cession à laquelle la société dont il dépend n'est pas contractuellement "partie" ».*

⁷⁹⁴ Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-65.565, *Bull. civ. V*, n° 248 ; *SSL* 2010, n° 1467, p. 11, note G. Olczak-Godefert ; *RDT* 2011. 123, obs. E. Lafuma ; *D.* 2010. 2709 ; *RJS* 2011. 53 ; *D.* 2011. 1246, obs. I. Odoul-Asorey ; *JCP E* 2010. 2060 ; *JCP S* 2010. 1543, note J.-S. Lipski ; *BJS* 2011, n° 2, p. 142, note C. Prieto ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 338, p. 33 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-17.357, *Bull. civ. V*, n° 167 ; *JCP S* 2014. 1410, note J.-Y. Kerbourc'h ; *D.* 2014. 2374, obs. P. Lokiec ; *RJS* 2014. 704 ; *JCP G* 2014. 869 ; *JCP E* 2014. 548 ; *Cah. soc.* 2014, n° 266, p. 516, note F. Canut.

⁷⁹⁵ Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 18-14.520, *Bull. civ. V* ; *RJS* 2019. 167 ; *BJT* 2019, n° 2, p. 21, note G. Auzero ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 1, p. 36 ; *RDT* 2019. 202, obs. Y. Ferkane ; *D.* 2019. 2153, obs. P. Lokiec ; *JCP G* 2019. 170, note G. Dedessus-Le-Moustier ; *JCP E* 2019. 1116, note C. Merle & A. Vivant ; *JCP S* 2019. 1066, note A. Teissier ; *SSL* 2019, n° 1850, p. 9, note A. Chanu : « *l'institution représentative du personnel d'une société contrôlée par une société-mère ayant son siège dans un autre État membre de l'Union européenne doit être consultée sur tout projet concernant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs résultant des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, y compris lorsqu'une offre publique d'acquisition porte sur les titres de la société-mère* » ; *Comp. CA Versailles*, 8 nov. 2018, n° 18/02280.

⁷⁹⁶ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 262, p. 178.

⁷⁹⁷ F. DUQUESNE, « Sur l'entrave pour défaut de consultation du comité d'entreprise et du CHSCT », note ss. Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-83.101, *RSC* 2005. 864 : « *Pourvu que le projet du chef d'entreprise ne revête pas le caractère d'une mesure isolée affectant exclusivement la situation d'un seul salarié, la consultation s'impose quel que soit le domaine considéré, que la loi fasse ou non allusion à l'importance du projet* » ; B. GAURIAU, « Les temps de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1173 : « *Il faut donc une mesure qui revête un caractère collectif au minimum et d'une certaine importance, sans être ponctuelle* ».

sont importantes et ne revêtent pas un caractère ponctuel ou individuel »⁷⁹⁸. La Cour de cassation maintient cette jurisprudence⁷⁹⁹, malgré le caractère inopérant de ces critères⁸⁰⁰. La solution est fondée sur la compétence générale du comité social et économique⁸⁰¹, laquelle est nécessairement exclusive des décisions ponctuelles⁸⁰². La compétence générale du comité social et économique n'est toutefois pas exclusive des décisions individuelles⁸⁰³. Le nombre de salariés n'a aucune incidence sur l'appréciation de l'obligation de consultation du comité social et économique qui incombe à l'employeur si la mesure est de nature à influencer sur la situation des salariés à terme⁸⁰⁴, ou si l'organisation de l'entreprise est en cause⁸⁰⁵. Le recours à une entreprise sous-traitante qui n'affecte que trois salariés dans l'immédiat en constitue une illustration : la consultation s'impose, car ce recours révèle une décision de nature à affecter, immédiatement ou à terme, le volume ou la structure des effectifs⁸⁰⁶. La décision de modifier les fonctions de quelques salariés détenteurs d'un pouvoir de direction doit aussi être soumise à consultation du comité social et économique, car

⁷⁹⁸ Cass. crim., 15 avr. 1982, n° 81-92.936, *Bull. crim.*, n° 90 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1024, p. 775 : « *En cas de litige sur une mesure non expressément inscrite dans la loi mais relevant du contrôle du comité au titre de la marche générale de l'entreprise, c'est le degré d'importance de la mesure projetée ou décidée par la direction de l'entreprise et de ses incidences qui sert de critère de compétence* ».

⁷⁹⁹ Cass. soc., 5 juin 2019, n° 18-12.861, *Bull. civ. V* ; *D.* 2019. 1232 ; *RJS* 2019. 504 ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 26, p. 42 ; *JCP S* 2019. 1237, note L. Dauvergne ; *SSL* 2019, n° 1866, p. 15 ; *Rappr. Cass. soc.*, 5 avr. 2023, n° 21-10.391, *Bull. civ. V* ; *Gaz. Pal.* 2023, n° 14, p. 26 ; *JCP E* 2023. 392 ; *JCP S* 2023. 125 ; *JCP G* 2023. 516.

⁸⁰⁰ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 147, p. 101.

⁸⁰¹ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés, en sorte que le caractère général de la décision à soumettre à sa consultation est impliqué par la définition même de sa mission* ».

⁸⁰² TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Ponctuel* : « *Qui porte sur un point précis ou un objectif particulier, sur l'un des éléments d'un ensemble* ».

⁸⁰³ CE, 3 mars 1978, n° 01421, *Rec. Lebon* ; Cass. crim., 10 mai 2011, n° 09-87.558, *Dr. soc.* 2011. 995, obs. F. Duquesne ; *BJS* 2011, n° 11, p. 865 ; *RJS* 2011. 815 : « *il n'importe que les mesures mises en œuvre n'aient concerné qu'un nombre limité de salariés de la société, fût-ce sur la base du volontariat, l'information et la consultation du comité central d'entreprise étant nécessaires du fait même des décisions en cause, qui étaient de nature à affecter de façon importante (...) la marche générale de l'entreprise* ».

⁸⁰⁴ Cass. crim., 13 janv. 1998, n° 96-81.478, *Bull. crim.*, n° 17 ; *JCP E* 1998. 1020 ; *JCP G* 1998. 2374 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1025, p. 775 : « *Le degré d'importance doit être apprécié (...) selon la nature du projet, même si celui-ci ne concerne qu'un nombre restreint de salariés* ».

⁸⁰⁵ A. ARSÉGUÉL, « Règles de consultation du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise », note ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *BJS* 1998, n° 3, p. 245 : « *un projet visant un seul salarié peut revêtir un caractère important si l'organisation de l'entreprise est en cause* ».

⁸⁰⁶ Cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82.253, *Dr. ouvr.* 1997. 382, note M. Cohen.

elle influe sur l'organisation de l'entreprise⁸⁰⁷. Le critère de l'importance ne s'apprécie pas à l'aune de la décision, mais à l'aune de ses conséquences éventuelles⁸⁰⁸. L'obligation de consultation du comité social et économique n'est pas conditionnée « *aux seuls projets économiques et financiers importants* »⁸⁰⁹, mais à l'importance de leurs conséquences potentielles⁸¹⁰. C'est pourquoi, la consultation du comité social et économique est exclue si la décision n'a pas d'incidence sur la situation des salariés ou la situation économique et financière de l'entreprise⁸¹¹. Elle l'est de même, à titre exceptionnel, si le législateur le décide expressément⁸¹². L'incidence de la décision sur la situation des salariés ou de l'entreprise doit être vidée de tout jugement de valeur⁸¹³ : il est indifférent que la décision fasse grief ou soit favorable aux salariés⁸¹⁴. En définitive, le critère de l'importance de la décision, censé déclencher l'obligation de consultation du comité social et économique, souffre d'une profonde

⁸⁰⁷ Cass. crim., 19 févr. 1991, n° 89-85.670, *RJS* 1991. 481.

⁸⁰⁸ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 292, p. 203 : « *c'est ainsi l'affectation potentielle que recèle l'opération de gestion qui commande l'application de la procédure* » ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n° 344, p. 251 : « *L'importance de la mesure peut s'apprécier soit quantitativement par rapport au nombre de personnes susceptibles d'être affectées par la décision, soit qualitativement par rapport aux "répercussions" de la décision* ».

⁸⁰⁹ Cass. crim., 3 févr. 2004, n° 03-80.784, *Bull. crim.*, n° 30 ; *RJS* 2004. 561 ; *SSL* 2004, n° 1159, p. 15 ; *D.* 2004. 922 ; *RTD com.* 2004. 630, obs. B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 220, p. 23 ; *BJS* 2004, n° 5, p. 652, note P. Le Cannu ; *JCP G* 2004. 1589.

⁸¹⁰ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285 : « *Par définition, puisque la consultation est préalable, il est impossible de se fier aux effets produits, survenus, vérifiables, pour opérer la sélection parmi les projets et initiatives. Où l'on retrouve l'actualité de la jurisprudence Haulotte : c'est l'incidence potentielle sur la situation des salariés, et lorsqu'on parle de restructuration, sur l'emploi, qui constitue le critère discriminant* » (nous soulignons).

⁸¹¹ G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 101, p. 126 : « *la consultation des représentants du personnel est bannie si la décision n'a aucune incidence sur l'entreprise et sur les salariés* » ; Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-22.362, *RJS* 2017. 272 ; *SSL* 2017, n° 1758, p. 15.

⁸¹² C. trav., art. L. 2312-49, al. 1 : « (...) *l'employeur qui lance une offre publique d'acquisition portant sur le capital d'une entreprise n'est pas tenu de consulter le comité social et économique avant ce lancement* ».

⁸¹³ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285 : « *l'appréciation de l'incidence potentielle doit être dépouillée de tout jugement de valeur sur les mérites de l'initiative, ne serait-ce qu'en raison de la diversité des modes légitimes d'évaluation* ».

⁸¹⁴ Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19.594, *Bull. civ.* V, n° 398 ; *Dr. soc.* 2001. 212, obs. C. Radé ; *Gaz. Pal.* 2001, n° 6, p. 21 ; *RJS* 2001. 212 ; *SSL* 2001, n° 1010, p. 11 ; Cass. crim., 1^{er} déc. 2020, n° 19-84.476, *RJS* 2021. 155 ; *Contra* F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 53, p. 47.

indétermination⁸¹⁵. L'existence dans le code du travail d'une liste non exhaustive de cas de consultation n'y remédie pas.

II. L'articulation conflictuelle entre attributions générales et spéciales

101. Liste non exhaustive de cas de consultation. Le texte relatif aux attributions générales du comité social et économique impose sa consultation avant l'adoption d'une décision influant sur la marche générale de l'entreprise⁸¹⁶. Mais le texte va plus loin, puisqu'il est complété d'une liste de consultations spéciales introduite par l'adverbe « *notamment* »⁸¹⁷. Le « *clair obscur* »⁸¹⁸ est de mise, car l'adverbe tempère l'exclusivité de la liste autant qu'il brouille la cohérence des dispositions relatives à la consultation du comité social et économique⁸¹⁹. Il existe cinq consultations spéciales⁸²⁰. Les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, les conditions d'emploi, de travail, notamment la durée du travail, et la formation professionnelle, donnent lieu à consultation du comité social et économique⁸²¹. En agrémentant la formule générale relative à la marche générale de l'entreprise d'une liste de consultations spéciales, le

⁸¹⁵ P. RODIÈRE, « Rapport français », in *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLV, Litec, 1994, p. 549 : « soumettre (...) l'obligation de consulter le comité à l'importance de l'opération projetée, n'offre malheureusement aucun critère permettant de déceler clairement les cas justifiant cette saisine » ; M. COHEN, « Les nouvelles fonctions économiques des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 165 : « il ne peut pas exister de définition de l'importance nécessaire car celle-ci varie dans le temps et dans l'espace et les tribunaux devront apprécier cas par cas en retenant que la loi ne comporte aucune indication restrictive » ; *Comp. Cass. crim.*, 3 mai 1994, n° 93-80.911, *Bull. crim.*, n° 164 ; *RJS* 1994. 1148.

⁸¹⁶ Cf. *supra* n° 97.

⁸¹⁷ C. trav., art. L. 2312-8, II : « Le comité est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur (...) » (nous soulignons).

⁸¹⁸ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1.

⁸¹⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 875, p. 819 : « le Code du travail regroupe différentes attributions sous l'intitulé "Attributions générales" avant de consacrer des dispositions particulières à d'autres prérogatives. Cette répartition manque un peu de lisibilité et de cohérence. Des attributions consultatives se trouvent ainsi dans ces attributions générales et d'autres bénéficient de dispositions plus spéciales » ; N. CATALA, *Traité de droit du travail. L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, n° 695, p. 797.

⁸²⁰ C. trav., art. L. 2312-8, 1° à 5°.

⁸²¹ C. trav., art. L. 2312-8, 1° à 3°.

législateur marque une attention à l'endroit de certaines décisions de l'employeur⁸²². Leur ampleur peut justifier cette attention, s'agissant notamment de la modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, ou des mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs⁸²³. Pour un auteur, la liste délimite précisément l'obligation de consultation du comité social et économique dans une optique de sécurité juridique⁸²⁴. La liste n'étant pas exhaustive, la sécurité juridique n'est pourtant pas assurée.

102. Les limites de la liste non exhaustive. L'existence d'une liste de consultations spéciales du comité social et économique, en sus de ses attributions générales, pourrait apparaître superflue⁸²⁵. La formule générale relative à la consultation sur la marche générale de l'entreprise pourrait suffire⁸²⁶. L'ajout de consultations spéciales entraîne un flou malvenu⁸²⁷, car les hypothèses listées sont toutes déjà contenues dans la formule générale⁸²⁸. Le maintien d'une liste de consultations spéciales risque d'affaiblir le principe général de la consultation du comité social et économique sur la marche

⁸²² F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 57, p. 49 : « Cette prise en compte particulière de décisions spécifiquement qualifiées ainsi par le code du travail rend plutôt compte de la volonté du législateur d'intégrer, avec un niveau d'intensité adéquat, les représentants des salariés dans le cheminement intellectuel qui précède l'arrêt de la décision ».

⁸²³ C. trav., art. L. 2312-8, 1° et 2°.

⁸²⁴ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « L'avantage de dispositions précises portant sur des points concrets et limités, est de lier avec certitude le chef d'entreprise et de faire savoir sans risque d'erreur au comité ce qu'il peut exiger. La qualité minimale d'une loi est de faire régner la sécurité juridique ».

⁸²⁵ B. TEYSSIÉ, « Le principe de compétitivité en droit du travail », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 405, spéc. p. 409 ; F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, n° 84, p. 105 : « Pour savoir dans quelle mesure un comité doit être saisi pour avis, il importe peu qu'un texte exprès prévoit, dans le domaine où s'exprime le pouvoir de décision de l'employeur, la nécessité de la consultation. Celle-ci s'imposera (...) dès lors que la décision de l'employeur influe sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ».

⁸²⁶ M. COHEN, « Les nouvelles fonctions économiques des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 165 : « À vrai dire, l'obligation de consulter sur la marche générale devrait se suffire à elle-même sans qu'une énumération des obligations de consulter ne soit nécessaire. Mais cela suppose une situation idéale parfaitement utopique où tous les chefs d'entreprise appliqueraient spontanément le principe général sans réticence ».

⁸²⁷ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « pourquoi ajouter des exemples à l'intérieur de la règle de principe ? Le danger est le flou dans une matière où les sanctions pénales sont toujours à l'arrière plan ».

⁸²⁸ G. BÉLIER & H.-J. LEGRAND, « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? », *Dr. soc.* 1996. 932.

générale de l'entreprise⁸²⁹. Le flou est aussi patent lorsque des obligations spéciales de consultation sont disséminées dans d'autres parties du code du travail⁸³⁰.

103. La double consultation. L'existence de dispositions spéciales insérées dans diverses parties du code du travail, et celle de la liste non exhaustive de consultations spéciales, créent des doublons critiquables. Le licenciement collectif pour motif économique est concerné⁸³¹, car la consultation du comité social et économique est double⁸³². Elle naît d'une sédimentation progressive des textes qui altère l'intelligibilité de l'obligation de consultation du comité sur ce thème⁸³³. Deux consultations distinctes, une générale et une spéciale, doivent être conduites : la consultation relative à la restructuration et celle relative au licenciement collectif pour motif économique⁸³⁴. L'articulation de ces consultations n'est pas évidente⁸³⁵. Malgré leur nécessaire distinction, la Cour de cassation considère qu'elles peuvent être réalisées au cours d'une même réunion avec le comité social et économique⁸³⁶. Leur concomitance est

⁸²⁹ M. COHEN, « Représentation du personnel et licenciements collectifs », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 207, spéc. p. 209 : « Ainsi, la consultation du comité d'entreprise sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise constitue un principe fondamental qui suffit à la jurisprudence pour régler tous les cas d'espèce. Mais, soucieux de montrer qu'il n'oublie pas les représentants du personnel, le législateur multiplie en permanence les exemples de consultation obligatoire du comité d'entreprise. Comme la vie des entreprises ne s'enferme pas dans des schémas préétablis, la liste non exhaustive de ces exemples est constamment allongée, au risque d'affaiblir le principe de base ».

⁸³⁰ V. not. C. trav., art. L. 2312-37, R. 2312-22, R. 2312-23, L. 1226-2, al. 3, L. 1226-10, al. 2, D. 3121-5, L. 3121-12, L. 3121-21, L. 3121-33, L. 3123-26, al. 1, L. 3121-8, 3°, L. 3261-4, R. 3122-9, L. 3141-16, 1° et L. 3332-5.

⁸³¹ C. trav., art. L. 2312-39 et L. 1233-30.

⁸³² G. COUTURIER, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. soc.* 2013. 814.

⁸³³ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 261, p. 176 : « La complexité du dispositif législatif résulte d'un phénomène de sédimentation complexe » ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 38, p. 37 : « Le droit de la consultation des comités d'entreprise a subi un amoncellement de textes successifs, souvent redondants, parfois contradictoires ».

⁸³⁴ M. COHEN, « La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise », *Dr. soc.* 2003. 271.

⁸³⁵ M. MINÉ, « Consultation du comité d'entreprise et procédure de licenciement collectif pour motif économique (à propos des arrêts Sietam du 16 avril 1996) », note ss. *Cass. soc.*, 16 avr. 1996, n° 93-15.417, *Dr. ouvr.* 1996. 317 : « Comment articuler ces deux procédures ? Sont-elles alternatives ou cumulatives, concomitantes ou successives ? ».

⁸³⁶ J.-Y. KERBOURC'H, « CSE et licenciement économique : de la consultation à la cogestion », *JCP S* 2019. 1046.

admise⁸³⁷, mais non imposée⁸³⁸. Comme l'information délivrée à ces deux titres, l'ordre du jour doit formellement distinguer les deux consultations⁸³⁹. Or, la consultation du comité social et économique sur le projet de restructuration court le risque d'être absorbée par la consultation sur le licenciement collectif pour motif économique⁸⁴⁰. L'effet utile de la consultation sur la cause du licenciement est moins prégnant⁸⁴¹ : elle est reléguée au « *second rang* »⁸⁴². Pour que la consultation du comité social et économique ait du sens et un contenu réel, elle doit à la fois porter sur la cause et sur l'effet du licenciement⁸⁴³. C'est pourquoi, la concomitance a été supprimée par le législateur⁸⁴⁴. Cette suppression a ensuite été suspendue⁸⁴⁵, et la règle réintroduite⁸⁴⁶.

⁸³⁷ Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15.417, *Bull. civ. V*, n° 163 ; *Dr. soc.* 1996. 484, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 1996. 559 ; *BJS* 1996, n° 11, p. 939 ; *Dr. ouvr.* 1996. 317, note M. Miné ; *JCP E* 1996. 161, note G. Picca ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 37, p. 11, note J. Neret ; *Dr. soc.* 1996. 932, obs. G. Béliet & H.-J. Legrand.

⁸³⁸ Cass. soc., 2 mars 1999, n° 97-16.489, *Bull. civ. V*, n° 91 ; *D.* 1999. 94 ; *Dr. soc.* 1999. 591, obs. M. Cohen ; *RJS* 1999. 494 ; *SSL* 1999, n° 925, p. 11.

⁸³⁹ Cass. soc., 9 févr. 2000, n° 98-12.143, *Bull. civ. V*, n° 62 ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 137, p. 21 ; *RJS* 2000. 269 ; *Dr. soc.* 2000. 446, obs. J. Savatier ; *JCP E* 2000. 590 ; *JCP G* 2000. 1559 ; *D.* 2000. 89.

⁸⁴⁰ G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17 : « *Un dialogue authentique pourra-t-il s'engager sur le projet de restructuration, si la consultation du comité en cette matière ne se déroule pas avant celle sur le projet à proprement parler de licenciement ? La simultanéité des consultations entend certes souligner le lien étroit qui unit projet de restructuration et licenciements envisagés, dans une même temporalité générale. Mais ne conduit-elle pas inéluctablement à provoquer l'absorption d'une consultation par une autre ?* ».

⁸⁴¹ G. BÉLIER & H.-J. LEGRAND, « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? », *Dr. soc.* 1996. 932.

⁸⁴² P. ROZEC, « Les experts du comité d'entreprise, vers un réajustement de leur rôle ? », *JCP S* 2015. 1167 ; J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », *JCP S* 2013. 1204 : « *lorsque les consultations "partie 1" et "partie 2" sont réalisées concomitamment, il paraît difficile de diviser l'appréciation que peuvent porter sur le plan de sauvegarde de l'emploi les représentants du personnel* » ; N. FLEURY, K. GUILLAS-CAVAN & F. LERAIS, « Dialogue social sur la stratégie de l'entreprise : éléments de bilan et perspectives », *Revue de l'IREES* 2018, n° 94, p. 115, spéc. p. 121 : « *La concomitance des discussions sur le motif économique et les mesures d'accompagnement limite l'intervention des élus de comité d'entreprise sur le motif économique* ».

⁸⁴³ M. MINÉ, « Consultation du comité d'entreprise et procédure de licenciement collectif pour motif économique (à propos des arrêts Sietam du 16 avril 1996) », note ss. Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15.417, *Dr. ouvr.* 1996. 317 ; A. LYON-CAEN, « La Chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1996. 484 : « *Comment en effet discuter des licenciements tant que la mesure d'organisation n'a pas été analysée dans sa plénitude ? Comment, surtout, imaginer que l'entreprise puisse se prévaloir d'un motif économique de licenciement aussi longtemps que la mesure, l'opération, où il prend sa source n'a pas été régulièrement arrêtée ?* ».

⁸⁴⁴ L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, art. 99, *JORF* n° 0015, 18 janv. 2002, p. 1008, texte n° 1 ; C. trav., art. L. 321-3, al. 2, anc.

⁸⁴⁵ L. n° 2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JORF* n° 0003, 4 janv. 2003, p. 255, texte n° 1.

⁸⁴⁶ L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n° 0015, 19 janv. 2005, p. 864, texte n° 1.

Ces revirements législatifs intempestifs ont empêché une étude des mérites de la nette séparation des deux consultations⁸⁴⁷.

104. L'impact de la double consultation sur l'expertise. L'autre effet néfaste de la double consultation se révèle dans le régime du recours à l'expertise du comité social et économique. Hors expertise libre⁸⁴⁸, il peut recourir à un expert pour la seule consultation relative au licenciement collectif pour motif économique⁸⁴⁹. Il ne peut pas y recourir pour la consultation sur le projet de restructuration⁸⁵⁰. Ce cloisonnement n'est pas satisfaisant⁸⁵¹, l'expertise étant davantage justifiée pour le projet de restructuration, surtout quand le bien-fondé du projet est abscons en raison de l'invocation d'impératifs économiques⁸⁵². En pratique, l'expert empiète sur la consultation relative au projet de restructuration au titre de sa compétence sur le projet de licenciement collectif pour motif économique. La frontière entre les deux consultations est artificielle⁸⁵³. La double consultation du comité social et économique

⁸⁴⁷ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285.

⁸⁴⁸ C. trav., art. L. 2315-81.

⁸⁴⁹ C. trav., art. L. 2315-92, 3°.

⁸⁵⁰ L. GAMET, « L'information du CE préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration », *SSL* 2008, n° 1380, p. 6 : « *La loi ne prévoit pas la possibilité pour le comité d'entreprise, dans le cadre de la consultation sur le projet de restructuration, de recourir à un expert au frais de l'employeur* ».

⁸⁵¹ L. GAMET, « L'information du CE préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration », *SSL* 2008, n° 1380, p. 6 : « *À vrai dire, il n'est pas certain que ce soit au stade de la consultation sur le projet de licenciements économiques que les élus aient le plus besoin d'être assisté d'un expert. Sans doute peuvent-ils plus facilement apprécier par eux-mêmes les informations alors communiquées (nombre de licenciements envisagés, critères d'ordres, etc.), que les données, notamment économiques et financières, présentées dans le cadre de la procédure de consultation sur la restructuration. À choisir, c'est à ce stade que se justifierait bien davantage l'assistance d'un expert* ».

⁸⁵² G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « *En ce qui concerne les raisons invoquées pour justifier le projet, les représentants du personnel se plaignent de n'entendre que des affirmations dont ils ne peuvent que très difficilement vérifier le bien fondé parce qu'elles reposent sur la mise en avant d'impératifs économiques qu'ils n'ont pas les moyens de contrôler. (...) Les représentants du personnel ont le plus souvent l'impression d'être placés devant le fait accompli, le projet qui leur est soumis étant en fait définitivement arrêté et les justifications données étant présentées comme des impératifs irrévocables* ».

⁸⁵³ L. GAMET, « L'information du CE préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration », *SSL* 2008, n° 1380, p. 6 : « *en pratique, l'expert-comptable désigné dans le cadre de la consultation sur les projets de licenciements économiques discute généralement le bien-fondé de la restructuration, malgré la sacro-sainte division entre les procédures ; ce qui pourrait être discuté. (...) La division peut paraître artificielle ; elle est toutefois celle qui irrigue la loi et la jurisprudence* ».

pourrait tenir en une seule⁸⁵⁴. La jurisprudence européenne y invite⁸⁵⁵, car la double consultation du droit français n'est pas consacrée en droit européen⁸⁵⁶. Le droit allemand en est une illustration : projet de restructuration et projet de licenciement collectif pour motif économique font l'objet d'un continuum procédural⁸⁵⁷.

105. Les voies d'une recomposition. Une recomposition du droit de la consultation du comité social et économique serait la bienvenue⁸⁵⁸, car les textes résultent de juxtapositions complexes et désordonnées⁸⁵⁹. Le droit de la consultation du comité social et économique pourrait tenir en une formule relative à sa consultation sur la marche générale de l'entreprise⁸⁶⁰. Les consultations qui nécessitent certaines précisions quant au régime applicable pourraient être regroupées pour éviter une « énumération désordonnée »⁸⁶¹. Une autre recomposition est possible : la fixation d'une liste exhaustive des cas de consultation du comité social et économique et la

⁸⁵⁴ G. BÉLIER & H.-J. LEGRAND, « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? », *Dr. soc.* 1996. 932.

⁸⁵⁵ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan*, pt. 48, *Rec.* 2009. 8163 ; *SSL* 2010, n° 1444, p. 15, note S. Laulom ; *RDT* 2010. 285, obs. S. Vernac ; *Dr. ouvr.* 2010. 159, note M. Bonnechère ; *RJS* 2009. 993 ; *JCP S* 2009. 1493, note E. Jeansen ; *JCP E* 2009. 1935 ; G. BÉLIER & H.-J. LEGRAND, « Temps et pouvoir dans les relations collectives de travail », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 121, spéc. p. 128.

⁸⁵⁶ H. GUYADER, « L'information-consultation dans les groupes d'entreprises », note ss. CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *SSL* 2009, n° 1426, p. 18 : « *Le droit communautaire n'impose pas que deux procédures distinctes soient engagées, une seule, débutant dès la prise de décision stratégique pouvant conduire à des licenciements pour motif économique, suffit* ».

⁸⁵⁷ G. RÖDER & J.-G. RECQ, « Restructurations et réductions de personnel en Allemagne », *Dr. soc.* 1994. 502.

⁸⁵⁸ C. FREYRIA, « Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 273, spéc. p. 290 : « *L'impression générale d'énumération désordonnée subsiste ; toutes les attributions ne sont point réunies, malgré l'apparence, en un seul corps de texte ; le besoin d'une présentation rationnelle et coordonnée se fait sentir au fur et à mesure de l'apparition des nouveaux textes, dans des conditions qui rendent tout commentaire complémentaire superflu* » ; J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 : « *Des ajouts de consultation au profit du comité d'entreprise ont alors eu lieu successivement, sans réelle réflexion sur le droit de la consultation du comité d'entreprise* ».

⁸⁵⁹ M. COHEN, « Représentation du personnel et licenciements collectifs », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 207, spéc. p. 210 : « *Les textes relatifs à la consultation des représentants du personnel résultent de juxtapositions complexes propres à rebuter juristes et praticiens* » ; C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *Les interventions législatives (...) ont empilé par citations successives des cas de compétence économique du comité, tout en conservant la formule originelle de l'objet de la consultation* ».

⁸⁶⁰ C. trav., art. L. 2312-8, al. 2.

⁸⁶¹ C. FREYRIA, « Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 273, spéc. p. 290.

suppression de la formule générale relative à la marche générale de l'entreprise⁸⁶². Une ultime recomposition est envisageable : une information seule serait due au comité social et économique sur la marche générale de l'entreprise, conformément à l'ordonnance du 22 février 1945 portant création du comité⁸⁶³. La consultation du comité social et économique ne s'imposerait que pour des mesures expressément identifiées par le législateur⁸⁶⁴, en raison de leur impact potentiel sur la situation des salariés ou de l'entreprise, conformément à l'actuelle jurisprudence⁸⁶⁵.

106. Conclusion de paragraphe. Les attributions générales du comité social et économique sont complétées d'attributions spéciales, lesquelles conduisent à altérer la portée des premières. La jurisprudence a tenté de circonscrire l'obligation de consultation du comité social et économique au titre de ses attributions générales, mais cette tentative reste lacunaire. Il en résulte une articulation conflictuelle entre les attributions générales et spéciales du comité social et économique. Diverses propositions de recomposition du droit de la consultation du comité social et économique peuvent être envisagées.

107. Conclusion de section. Les textes relatifs à la consultation du comité social et économique invitent à constater l'étendue immense de sa compétence. Sa consultation par l'employeur en est rendue quasi-permanente lorsque ce dernier entend adopter une décision unilatérale. Cependant, l'amoncèlement des textes et l'absence de réflexion d'ensemble sur la consultation du comité social et économique rend l'appréhension de la consultation difficile. Entre l'articulation des consultations récurrentes et

⁸⁶² C. FREYRIA, « Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 209 : « l'abandon de la formule doit être pur et simple, sans qu'il soit question d'y substituer d'autres modalités d'intervention » ; G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « Une énumération des domaines de compétence serait préférable à des phrases générales et souvent creuses » ; C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « plutôt que de s'efforcer d'élaborer une formule générale, impossible à la vérité de rédiger correctement, qui tente d'organiser une sorte d'omniprésence irrationnelle et dans son principe et dans sa mise en application, il aurait été infiniment préférable d'associer intimement le comité à de telles décisions majeures bien déterminées à la vie juridique des entreprises, telles qu'elles sont définies et réglementées par le droit des sociétés et les procédures collectives ».

⁸⁶³ Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, art. 3, c), *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954.

⁸⁶⁴ N. CATALA, *Traité de droit du travail. L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, n° 714, p. 819.

⁸⁶⁵ Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-22.362, *RJS* 2017. 272 ; *SSL* 2017, n° 1758, p. 15.

ponctuelles, et celles relatives aux attributions générales et spéciales, le droit de la consultation du comité social et économique est nébuleux. Le régime de la consultation du comité social et économique sur une décision négociée de l'employeur n'échappe pas à ce constat.

Section 2. La consultation sur une décision négociée de l'employeur

108. Le pouvoir de décision de l'employeur peut se traduire par la signature d'un accord collectif. C'est pourquoi, la Cour de cassation avait considéré que le comité social et économique devait être consulté sur les projets d'accords collectifs, avant que le législateur n'en décide autrement (§1). Faute d'une rédaction limpide de la loi, la consultation du comité social et économique sur l'application des accords collectifs est désormais incertaine (§2).

§1. La consultation sur le projet d'accord collectif

109. La consultation du comité social et économique sur un projet d'accord collectif a d'abord résulté de l'œuvre de la Cour de cassation (I), avant que le législateur ne supprime celle-ci (II).

I. Une exigence jurisprudentielle

110. Le célèbre arrêt *EDF*. En 1998, la Cour de cassation lie la négociation d'un accord collectif et la consultation du comité social et économique⁸⁶⁶. Lorsque la décision de l'employeur entre dans les attributions consultatives du comité, il doit

⁸⁶⁶ Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Bull. civ.* V, n° 219 ; *Dr. soc.* 1998. 579, rapp. J.-Y. Frouin ; *D.* 1998. 608, obs. G. Auzero ; *RJS* 1998. 435, note M. Cohen ; *Dr. ouvr.* 1998. 350, note D. Boulmier ; *SSL* 1998, n° 893, p. 6, note B. Boubli ; *JCP E* 1998. 1407, note T. Aubert-Monpeyssen ; *TPS* 1998. 3, note B. Teyssié.

consulter ce dernier : il est indifférent que sa décision soit unilatérale ou négociée⁸⁶⁷. La notion de « *décision* »⁸⁶⁸ est appréciée largement par la Cour de cassation⁸⁶⁹, laquelle combine les textes sur la négociation collective et ceux sur la consultation du comité social et économique⁸⁷⁰. Cette solution s'explique par la structure du principe de participation figurant à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, cette structure n'impliquant aucune hiérarchie des formes de participation que sont la négociation d'un accord collectif et la consultation du comité social et économique⁸⁷¹. Leur source juridique est unique⁸⁷². Il n'y a pas de « *supra-constitutionnalité* »⁸⁷³ au sein du Préambule de 1946 et *a fortiori* au sein du même alinéa. Le Conseil constitutionnel renvoie au législateur le soin de décider s'il souhaite réaliser le principe de participation par la voie de la consultation ou de la négociation⁸⁷⁴. Le code du travail est organisé de manière identique : il y a une absence de hiérarchie entre les dispositions

⁸⁶⁷ Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Bull. civ.* V, n° 219, *préc.* : « *il résulte de la combinaison des articles L. 431-5 et L. 432-1 du Code du travail que la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise quand elle porte sur l'une des questions ou mesures visées par le second de ces textes, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise* » (nous soulignons).

⁸⁶⁸ C. trav., art. L. 2312-14, al. 1.

⁸⁶⁹ Pour une critique, v. B. BOUBLI, « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *SSL* 1998, n° 893, p. 6.

⁸⁷⁰ M. COHEN, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *RJS* 1998. 435.

⁸⁷¹ M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, « Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise », *Act. jur.* 1996, n° 118, p. 3 : « *du point de vue constitutionnel d'abord, négociation et consultation ne sont pas hiérarchisés* » ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 738 et s.

⁸⁷² P.-Y. VERKINDT, « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Dr. soc.* 1998. 321 : « *la référence au préambule ne permet pas d'établir une quelconque hiérarchie entre négociation et consultation s'agissant de deux modalités d'expression du droit à la participation des travailleurs* ».

⁸⁷³ F. LUCHAIRE, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* 1981. 310 : « *le droit français ne connaît aucune supra-constitutionnalité, il n'y a pas de norme constitutionnelle supérieure aux autres et cela pour une raison bien simple : le pouvoir constituant qui est l'expression de la souveraineté nationale ne connaît aucune limite* » ; Adde J.-F. FLAUSS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1982. 645.

⁸⁷⁴ Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, consid. 11, *Rec. Cons. const.* 1989. 59 ; *Dr. soc.* 1989. 701, obs. X. Prétot ; *AJDA* 1989. 796, note F. Benoit-Röhmer ; Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, consid. 4, *Rec. Cons. const.* 1993. 593 ; *RJS* 1994. 269 ; *JCP E* 1994. III. 66546 ; *Dr. soc.* 1994. 139, obs. X. Prétot.

légales relatives à la consultation du comité social et économique et celles relatives à la négociation collective⁸⁷⁵.

111. Décisions *stricto sensu*. La solution de la Cour de cassation n'est pourtant pas à l'abri des critiques⁸⁷⁶. Certains auteurs estiment que le législateur a prévu la consultation du comité social et économique pour les seules décisions unilatérales de l'employeur⁸⁷⁷. Lorsque sa décision est négociée, la consultation du comité social et économique n'aurait pas de sens, car les négociateurs syndicaux exprimeraient les intérêts des salariés à la place du comité⁸⁷⁸. L'interprétation large de la notion de décision par la Cour de cassation est jugée discutable : du silence de la loi, elle crée une obligation à la charge de l'employeur⁸⁷⁹, transgressant la mission qui lui est en

⁸⁷⁵ T. AUBERT-MONPEYSSEN, « Articulation de la consultation du comité d'entreprise et de la négociation collective », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *JCP E* 1998. 1407 : « *La loi ne prévoit pas de coordination entre les procédures de négociation et de consultation. Il y a une absence de hiérarchie entre les dispositions du Code du travail sur ces questions, lesquelles proviennent de source équivalente* ».

⁸⁷⁶ Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Bull. civ.* V, n° 219, *préc.*

⁸⁷⁷ B. TEYSSIÉ, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *TPS* 1998. 3 : « *prétendre qu'en visant "la décision du chef d'entreprise", les auteurs de l'article L. 431-5 du Code du travail ont entendu appréhender aussi bien la décision unilatérale de ce dernier que la négociation d'un accord collectif est pour le moins audacieux* » ; J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 : « *L'accord collectif est le substitut d'une décision qui aurait pu être prise de manière unilatérale* » ; Adde P.-H. ANTONMATTEI, « Comité d'entreprise et négociation collective : "le courant passe" », *RJS* 1998. 611 : « *il semble bien que la notion de décision employée par l'article L. 431-5 du Code du travail ne permette pas de comprendre la phase de négociation d'un accord collectif. Il est même probable que le législateur ait entendu réserver la consultation du comité d'entreprise aux décisions unilatérales de l'employeur sur les questions visées à l'article L. 432-1, les accords collectifs relevant du monopole syndical* » ; B. GAURIAU, « Les temps de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1173 : « *La jurisprudence, dans un célèbre arrêt du 5 mai 1998, a eu l'occasion d'interpréter ce texte de façon audacieuse en assimilant à une décision la négociation d'un accord collectif* » ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 284, p. 194 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 738 et s. ; A. MARTINON, « Regards sur les avis en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 275, spéc. p. 281.

⁸⁷⁸ P.-H. ANTONMATTEI, « Comité d'entreprise et négociation collective : "le courant passe" », *RJS* 1998. 611 : « *Lorsqu'en revanche, la règle est négociée, ce sont ceux qui sont habilités à négocier et conclure des conventions et accords collectifs de travail qui sont censés assurer la prise en compte des intérêts de la collectivité : par principe, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* » ; Adde P. RÉMY, « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouvr.* 1999. 275 : « *tout compte fait, l'intérêt collectif des salariés a suffisamment été pris en compte par le syndicat lors de la négociation collective* ».

⁸⁷⁹ Pour autant, selon un auteur, « *on ne peut pas, en effet, découper le Code du travail en tranches s'excluant l'une l'autre (...). Dans un Code du travail dont le volume et la complexité prennent des proportions extravagantes unanimement critiquées, il est bien téméraire d'assimiler un silence à une interdiction* » (M. COHEN, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *RJS* 1998. 435).

principe dévolue⁸⁸⁰. Selon un auteur, les dispositions étaient claires et auraient dû être épargnées d'une telle interprétation judiciaire⁸⁸¹.

112. Décisions *lato sensu*. Prenant le contre-pied de l'analyse précédente, des auteurs estiment que la notion de décision peut recouvrir l'hypothèse de l'acceptation par l'employeur de s'engager dans la négociation d'un accord collectif⁸⁸². L'initiative d'une négociation procède aussi d'une décision de l'employeur⁸⁸³. La signature de l'accord aux termes des négociations relève du même ordre, et doit être soumise à consultation du comité social et économique⁸⁸⁴. La consultation du comité social et économique à l'aube de l'engagement de la négociation de l'accord collectif n'est pas inutile, car elle permet une discussion sur l'opportunité de cet engagement. La réversibilité du projet de négocier l'accord collectif étant caractérisée, la consultation du comité social et économique a un effet utile⁸⁸⁵. Le législateur ne l'a cependant pas entendu ainsi.

⁸⁸⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, VI, 1777 : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » ; ADDE G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 4, p. 12 : « Les juges n'ont pas le droit de créer des règles juridiques puisque les arrêts de règlement leur sont interdits par le législateur. Sans doute ils ont le pouvoir d'appliquer la loi, et la subtilité de l'interprétation permet parfois d'en modifier le sens (...). Mais il y a loin de l'habileté de l'interprétation à l'admission d'un pouvoir créateur » (nous soulignons).

⁸⁸¹ P.-H. ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Mélanges C. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 3 : « le Code du travail est suffisamment peuplé de textes mal rédigés légitimant une interprétation judiciaire, pour que les dispositions claires soient épargnées ».

⁸⁸² M. COHEN, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *RJS* 1998. 435.

⁸⁸³ J.-Y. FROUIN, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1998. 579 : « si le pouvoir de gestion de l'entreprise par l'employeur se matérialise évidemment et le plus souvent dans des décisions de caractère unilatéral, il peut aussi se matérialiser dans des accords collectifs d'entreprise, et c'est de plus en plus souvent le cas » ; M. COHEN, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *RJS* 1998. 435.

⁸⁸⁴ J.-Y. FROUIN, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », rapp. ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Dr. soc.* 1998. 579 : « il va de soi que la signature par l'employeur d'un accord collectif de travail participe de son pouvoir de décision » ; M. COHEN, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *RJS* 1998. 435 ; G. AUZERO, « L'articulation des procédures de négociation et de consultation », obs. ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *D.* 1998. 608.

⁸⁸⁵ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 1, § 2, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

II. Une suppression législative

113. Le couperet du législateur. La loi du 17 août 2015 met un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question⁸⁸⁶. Elle dispose que « *les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité* »⁸⁸⁷. La rupture est conséquente, car le législateur rejette la distinction relative à la nature de l'acte unilatéral ou négocié⁸⁸⁸. La loi admet que certaines décisions unilatérales échappent à la consultation du comité social et économique⁸⁸⁹, comme la décision de dénoncer un accord collectif, laquelle est une décision unilatérale de l'employeur⁸⁹⁰. La Cour de cassation en tirait les conséquences en imposant la consultation du comité social et économique⁸⁹¹. La loi rogne sans ambages les attributions consultatives du comité social et économique⁸⁹². Le comité n'est plus consulté sur le projet d'accord collectif et sur la remise en cause de celui-

⁸⁸⁶ L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

⁸⁸⁷ C. trav., art. L. 2312-14, al. 2.

⁸⁸⁸ La loi revient sur le « *point d'équilibre* » qu'avait dégagé la Chambre sociale de la Cour de cassation (C. NICOD, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT* 2015. 549).

⁸⁸⁹ M. BONNECHÈRE, « Où va le droit du travail ? », *Dr. ouvr.* 2016. 315 : « *La loi du 17 août 2015 se caractérise aussi par un rétrécissement des attributions consultatives du comité d'entreprise, dont le plus remarquable est l'abandon de la consultation du comité d'entreprise sur les projets de conclusion d'accord collectif, comme de révision ou de dénonciation, c'est-à-dire sur des décisions patronales unilatérales* » ; Adde J. DIRRINGER, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouvr.* 2016. 56 : « *La dénonciation d'un accord collectif est, en principe, une décision unilatérale qui, dans le contexte actuel, émane généralement de l'employeur* ».

⁸⁹⁰ J. DIRRINGER, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouvr.* 2016. 56 : « *le constat que cette décision ait pour objet un accord collectif ne lui retire ni son caractère unilatéral, ni le fait qu'elle affecte l'intérêt des salariés et la marche générale de l'entreprise* ».

⁸⁹¹ Cass. soc., 20 oct. 1993, n° 89-18.949, *Bull. civ.* V, n° 243 ; *Dr. soc.* 1994. 30, obs. J. Savatier ; *RJS* 1993. 719 ; *Cah. soc.* 1993, n° 54, p. 259 ; Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40.273, *Bull. civ.* V, n° 49 ; *RDT* 2008. 540, obs. G. Borenfreund ; *JCP E* 2008. 2214, note G. Vachet ; *JCP S* 2008. 1310, note D. Corrignan-Carsin ; *RJS* 2008. 576 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 348, p. 29 ; *D.* 2008. 855 : « *le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise* ».

⁸⁹² E. COLIN, « Progrès et reculs du principe de participation », *SSL* 2015, n° 1676, p. 5 : « *Supprimer tout passage des sujets de négociation collective devant le comité d'entreprise renverrait le droit des relations professionnelles quinze ans en arrière, en mettant un terme à cette navette fructueuse entre les délégués syndicaux et le comité d'entreprise, et en privant ce dernier et partant les délégués syndicaux de toute capacité d'expertise sur les conséquences de l'adoption, de la révision ou de la dénonciation d'un accord collectif* ».

ci⁸⁹³. Les accords collectifs pouvant avoir un « *impact non négligeable sur la vie économique de l'entreprise* »⁸⁹⁴, leur dénonciation devrait pourtant donner lieu à consultation du comité social et économique, tout comme leur conclusion⁸⁹⁵.

114. Asymétrie des représentations. La décision d'opter pour la négociation d'un accord collectif supprime désormais l'obligation de consultation du comité social et économique⁸⁹⁶. Cette position législative, justifiée par la réforme de la représentativité des organisations syndicales⁸⁹⁷, ne peut suffire⁸⁹⁸. La légitimité et l'action des acteurs

⁸⁹³ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 818, p. 624 et s. : « *si l'employeur n'a pas à recueillir un avis, il doit (...) informer en temps utile le comité de l'engagement et du déroulement de la négociation car cela concerne la marche générale de l'entreprise* ». Toutefois, un projet de décision peut devoir être soumis au comité social et économique pour consultation lorsque l'emprunt de la voie négociée n'est pas définitivement adopté. Selon un auteur, « *pour qu'il y ait accord d'entreprise, il y a nécessairement un projet d'origine. Lorsque ce projet concerne les prérogatives du comité d'entreprise, celui-ci doit sans conteste être saisi en premier lieu de ce projet conformément aux dispositions du Code du travail : toute pratique contraire visant à reléguer le comité à un rôle subsidiaire est constitutive du délit d'entrave* » (D. BOULMIER, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Dr. ouvr.* 1998. 350). Selon cette doctrine, le comité social et économique doit être consulté sur le projet décisionnel qui donnera lieu au projet d'accord collectif.

⁸⁹⁴ J.-P. BOSINO, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 24 juin 2015, p. 6750, le sénateur ajoutant « *qu'il est donc plutôt conforme à l'intérêt de l'entreprise de permettre au comité d'entreprise de se prononcer sur ces accords collectifs, leur révision ou leur dénonciation* ».

⁸⁹⁵ Étude d'impact, Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 110 : « *la très grande majorité des accords collectifs est conclue sur des thèmes relevant du champ des attributions économiques du comité d'entreprise* ».

⁸⁹⁶ Cette évolution est similaire à celle des rapports entretenus au Royaume-Uni entre les *shop stewards* (délégués syndicaux) et les *Works Councils* (comités d'entreprise). Avec la montée progressive de la négociation collective d'entreprise, la négociation a finalement supplanté toutes les autres formes de participation à ce niveau. Les organismes de consultation élus (*Works Councils*) ont décliné aussitôt que la négociation collective s'est développée dans l'entreprise. Sur cette évolution, v. X. BLANC-JOUVAN, « La négociation d'entreprise en droit comparé », *Dr. soc.* 1982. 718.

⁸⁹⁷ L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194, 21 août 2008, p. 13064, texte n° 1.

⁸⁹⁸ C. SIRUGUE, *Rapport n° 2792 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi*, Assemblée nationale, 21 mai 2015, p. 248 : « *En effet, depuis la loi du 20 août 2008, cette consultation apparaît davantage comme étant formelle et son intérêt est moindre, dans la mesure où les acteurs de la négociation pour les salariés sont souvent par ailleurs élus au comité d'entreprise et que la mesure de l'audience syndicale est issue des résultats des élections du comité d'entreprise* » ; Comp. H. TISSANDIER, « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2015. 889 : « *Argument somme toute assez faible pour un recul important. Nul doute, néanmoins, qu'il s'agit d'une mesure de limitation du nombre de consultations et de renforcement de la sécurité juridique de l'employeur - en réduisant le risque de contentieux portant sur les entraves au fonctionnement du comité d'entreprise* ».

des relations collectives de travail doivent être dissociées⁸⁹⁹. La participation aux décisions économiques ne se réalise pas uniformément : comités sociaux et économiques et délégués syndicaux ne s'excluent pas⁹⁰⁰. Si derrière les diverses formes de représentation des salariés se dévoile en réalité une seule notion, celle de « *représentation des intérêts* »⁹⁰¹ des salariés, la distinction entre leur expression et leur défense est toujours tenace⁹⁰². Le comité social et économique assure la première⁹⁰³ ; le syndicat représentatif assure la seconde⁹⁰⁴. L'exclusion du comité social et économique sur les projets d'accords collectifs est contestable, car sa consultation n'est pas soluble dans la négociation par les délégués syndicaux⁹⁰⁵. À titre d'illustration, l'inspecteur du travail qui autorise la dérogation exceptionnelle à la durée quotidienne de travail de nuit, ne peut le faire qu' « *après consultation des délégués syndicaux et après avis du comité social et économique* »⁹⁰⁶. L'intervention des comités sociaux et économiques et des délégués syndicaux ne se confondent pas.

⁸⁹⁹ H. SINAY, « Le degré d'intensité de la présence syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969. 447 : « *il va sans dire que les organismes d'information et de consultation, destinés à coopérer avec la direction, en matière sociale et économique - soit les comités d'entreprise - sont d'une toute autre essence que les organes de défense des intérêts des travailleurs, amenés à revendiquer, à exposer les désaccords, à contester - soit (...) les délégués syndicaux* » ; P. RODIÈRE, « Rapport français », in *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLV, Litec, 1994, p. 549 : « *le droit français admet sans doute les syndicats dans l'entreprise, mais leur refuse le monopole de la représentation du personnel, puisqu'il confie à d'autres institutions une part de cette représentation* ».

⁹⁰⁰ M. DESPAX, « Réflexions sur l'activité des représentants du personnel », *D.* 1963. 67 ; *Comp. J.-M. VERDIER*, « En marge du débat sur la réforme de l'entreprise : représentation élue et représentation syndicale du personnel en droit positif », *JCP* 1964. I. 1814.

⁹⁰¹ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, n° 22, p. 26 ; Adde A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT & A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998. 359 : « *Ce que la représentation syndicale et la représentation élue, surtout celle qu'assume le comité d'entreprise, postulent, c'est l'existence d'un intérêt collectif, non exclusive de droits et intérêts individuels* ».

⁹⁰² V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 112, p. 94 et s. : « *chaque représentation joue un rôle propre, le législateur ayant organisé une répartition des fonctions : à la représentation élue celle d'assurer l'expression collective des intérêts des salariés ; à la représentation syndicale désignée la fonction de défense de ces mêmes intérêts* » ; Y. FERKANE, « L'extension de la qualification d'accord collectif de travail », *BJT* 2021, n° 11, p. 71 : « *selon une partition structurante du droit français de la représentation des intérêts des salariés, les missions dévolues aux représentants élus ne sont pas celles dévolues aux représentants syndicaux* ».

⁹⁰³ Cass. soc., 5 déc. 2006, n° 05-21.641, *Bull. civ.* V, n° 371 ; *RDT* 2007. 329, obs. E. Peskine ; *Dr. soc.* 2007. 184, obs. B. Gauriau ; *RJS* 2007. 355 ; *JCP S* 2007. 1107, note J.-M. Olivier.

⁹⁰⁴ C'est dire en substance que « *les compétences des élus du comité ne sont pas les mêmes que celles des négociateurs* » (J. FRAYSSE, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 7 juill. 2015, p. 6574).

⁹⁰⁵ C. NICOD, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT* 2015. 549.

⁹⁰⁶ C. trav., art. L. 3122-6, al. 2.

115. Complémentarité des participations. La complémentarité entre la négociation par les délégués syndicaux et la consultation du comité social et économique sur le projet d'accord collectif est certaine⁹⁰⁷. La dialectique entre l'expression des intérêts des salariés et la défense de ceux-ci s'inscrit dans une « *dynamique d'enrichissement mutuel* »⁹⁰⁸ au profit des salariés⁹⁰⁹. L'idée d'une navette entre syndicats et comités a pu être évoquée : « *navette sociale* »⁹¹⁰ ou « *navette représentative* »⁹¹¹. Associer le comité social et économique à la procédure de négociation d'un accord collectif n'est pas inutile, car si la négociation échoue, la décision unilatérale de l'employeur est probable⁹¹². Cette association pourrait aussi faciliter la réception de l'accord collectif par les salariés⁹¹³. L'innovation introduite par la loi du 17 août 2015 devrait être abrogée⁹¹⁴.

116. Double consultation du comité sur le projet d'accord collectif. Une consultation du comité social et économique en amont des négociations pourrait

⁹⁰⁷ M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, p. 372 : « Rien ne serait sans doute plus souhaitable qu'une complémentarité de la consultation et de la négociation permettant à la seconde de s'enrichir des apports de la première » ; G. BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 1006 : « il existe comme une complémentarité entre ces deux formes particulières de représentation légale, qui ne ménagent pas la même marge d'expression aux collectivités de salariés concernées par l'accord collectif » ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10^e éd., LGDJ, 2016, n° 246, p. 169 : « les compétences respectives du comité et des délégués syndicaux sont complémentaires en présence de questions communes ».

⁹⁰⁸ G. AUZERO, « L'articulation des procédures de négociation et de consultation », obs. ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *D.* 1998. 608.

⁹⁰⁹ J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 1138, p. 442 ; V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 112, p. 96 : « La coordination des attributions économiques de l'institution élue et des autres moyens d'action des travailleurs est, pour ces derniers, une garantie supplémentaire d'efficacité dans la défense de leurs intérêts. Mission de contrôle du comité et mission du syndicat apparaissent ainsi complémentaires ».

⁹¹⁰ D. BOULMIER, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », note ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Dr. ouvr.* 1998. 350.

⁹¹¹ A. BRAUN, *Négociation et consultation dans l'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2008, p. 197 et s., l'auteur s'inspirant de l'expression de navette sociale pour construire celle de navette représentative, la seconde s'entendant d'une description des rapports existants, contrairement à la première qui décrit une relation idéale entre les deux formes de participation que sont la négociation et la consultation.

⁹¹² M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 502, p. 427 : « tant que la négociation ne s'est pas heureusement conclue, rien n'indique si les décisions prises seront unilatérales ou négociées. Il est donc souhaitable de ne pas opposer les deux procédures mais, au contraire, de leur donner un caractère complémentaire ».

⁹¹³ P.-Y. VERKINDT, « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Dr. soc.* 1998. 321.

⁹¹⁴ C. trav., art. L. 2312-14, al. 2 : « Les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité ».

s'imposer⁹¹⁵. Elle porterait sur le projet d'accord collectif⁹¹⁶. Cette consultation serait un « *préambule idéal à la négociation* »⁹¹⁷. La consultation à l'ouverture des négociations permettrait « *d'enrichir, d'éclairer ou de nourrir* »⁹¹⁸ celles-ci⁹¹⁹. L'information des négociateurs syndicaux serait même renforcée⁹²⁰. Si leur accès à la base de données économiques, sociales et environnementales privilégie une information chiffrée⁹²¹, la proximité du comité social et économique avec les salariés fait émerger une information non quantifiable⁹²², non chiffrable⁹²³. L'expression des intérêts des salariés en amont des négociations affinerait leur défense lors de celles-ci. Ici comme ailleurs, « *la connaissance fine de la réalité est un préalable indispensable à l'action* »⁹²⁴. Une consultation du comité social et économique *a posteriori* des négociations devrait aussi être envisagée, puisque les négociations peuvent faire évoluer les positions des parties⁹²⁵. L'avis remis par le comité social et économique

⁹¹⁵ G. AUZERO, « L'articulation des procédures de négociation et de consultation », obs. ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *D.* 1998. 608.

⁹¹⁶ Il importe peu que l'initiative des négociations soit celle de l'employeur ou des organisations syndicales. Dans cette seconde hypothèse, l'employeur informé de la volonté des organisations syndicales de négocier informera et consultera le comité social et économique sur cette volonté.

⁹¹⁷ A. BRAUN, *Négociation et consultation dans l'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2008, p. 204.

⁹¹⁸ G. AUZERO, « L'articulation des procédures de négociation et de consultation », obs. ss. Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *D.* 1998. 608.

⁹¹⁹ M.-F. BIED-CHARRETON, « L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise », *Dr. ouvr.* 1995. 56 : « *l'activité consultative du comité, lorsqu'elle est subsidiaire à l'activité négociatrice du syndicat, peut-elle amener à un contrôle renforcé sur les projets de décision de l'employeur de manière à ce que celui-ci prenne effectivement en compte les intérêts des salariés* ».

⁹²⁰ G. BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 1006 : « *l'entrée en scène des élus pourrait contribuer, sous certaines conditions, à enrichir et vivifier le processus de négociation* » ; Adde A. BRAUN, *Négociation et consultation dans l'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2008, p. 199 : « *La consultation préalable du comité d'entreprise devient une source essentielle de renseignements des délégués syndicaux. La consultation prend un autre tour : en plus de permettre aux représentants des salariés de contrôler la gestion de l'entreprise et d'essayer de faire progresser les projets patronaux, elle donne également aux délégués syndicaux la possibilité de confronter leurs arguments à la réalité de la vie économique de l'entreprise et de négocier de manière efficace* ».

⁹²¹ Un accord collectif peut écarter l'accès des délégués syndicaux à la base de données économiques, sociales et environnementales (C. trav., art. L. 2312-21 et L. 2312-36).

⁹²² M. CARON & P.-Y. VERKINDT, « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 425.

⁹²³ D. WATRIN, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 20 juill. 2015, p. 7944 ; *Rappr.* G. BRAIBANT & C. WIENER, « Processus et procédure de décision », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 465 : « *si la décision, qui a pour but d'organiser l'avenir, doit procéder d'une évaluation exacte des données chiffrées actuelles et prévisibles, elle ne peut méconnaître les composantes du problème qui pour n'être pas quantifiables, n'en demeurent pas moins essentielles* ».

⁹²⁴ Y. STRUILLOU, « "Une dynamique est à l'œuvre" », *SSL* 2018, n° 1835, p. 3.

⁹²⁵ Une consultation avant la signature de l'accord collectif sans une consultation originelle à l'ouverture des négociations comporterait le risque de mettre le comité social et économique devant le fait accompli autant que celui de lui donner l'illusion d'une participation à la décision.

étant consultatif, son rôle serait celui d'un tiers⁹²⁶. L'empiètement du comité social et économique n'aurait pas lieu, car il ne négocierait pas⁹²⁷. La règle selon laquelle le comité social et économique exerce ses missions « *sans préjudice des dispositions relatives aux délégués syndicaux* »⁹²⁸ serait respectée.

117. Conclusion de paragraphe. D'abord soumis à la consultation du comité social et économique par la Cour de cassation, le projet d'accord collectif y échappe désormais. La Cour de cassation assimilait la négociation d'un accord collectif à une décision de l'employeur, ce que ne fait pas le législateur. Ce dernier supprime sans ambages certaines décisions de l'employeur du champ matériel de la consultation du comité social et économique. Les fonctions qu'assurent comités sociaux et économiques et négociateurs syndicaux ne sont pas équipollentes, de sorte qu'une complémentarité de ces acteurs doit être envisagée.

§2. La consultation sur l'application de l'accord collectif

118. L'obligation de consultation du comité social et économique sur l'application d'un accord collectif n'est pas certaine (I). À la supposer due, elle pourrait se révéler inutile (II).

I. L'ambiguïté de la consultation

119. Une jurisprudence désavouée par le législateur. En 2012, la Cour de cassation a estimé que le comité social et économique devait être consulté, en cas de mesure intéressant ses attributions, peu important que celle-ci « *résulte d'une décision unilatérale de l'employeur ou lui soit imposée par un accord collectif étendu* »⁹²⁹. Que

⁹²⁶ M.-E. VOLCKRICK, « Les usages du tiers dans la négociation », *Négociations* 2009, n° 12, p. 131.

⁹²⁷ P.-Y. VERKINDT, « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Dr. soc.* 1998. 321 : « *Au demeurant, la crainte de voir les négociateurs mis sous contrôle du comité ne paraît pas fondée dans la mesure où le comité ne donne qu'un avis* ».

⁹²⁸ C. trav., art. L. 2312-11.

⁹²⁹ Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-10.625, *Bull. civ.* V, n° 302 ; *D.* 2012. 2809 ; *RJS* 2013. 137 ; *JCP S* 2012. 523 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 82, p. 940, note F. Marron.

l'accord collectif soit étendu est indifférent pour le raisonnement⁹³⁰. La Cour de cassation a fondé la consultation du comité social et économique en tenant compte des effets de l'acte, au détriment de sa nature⁹³¹. Aujourd'hui, depuis la loi du 17 août 2015⁹³², le code du travail indique que « *les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité* »⁹³³. La consultation sur l'application de l'accord collectif, telle qu'envisagée par la Cour de cassation dans l'arrêt précédemment évoqué, est désormais incertaine⁹³⁴.

120. Une analyse téléologique. L'exposé des motifs de la loi du 17 août 2015 évoque que le texte « *supprime l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur les accords collectifs* »⁹³⁵. S'il est dépourvu de toute valeur juridique⁹³⁶, l'exposé des motifs permet toutefois de saisir l'idéologie du texte⁹³⁷. Or, la généralité de l'expression employée laisse entendre qu'aucune consultation du comité social et économique n'est nécessaire lors de l'application d'un accord collectif⁹³⁸. Une analyse téléologique de la loi permet d'estimer que la négociation supplante la consultation du comité social et économique, puisque la volonté du législateur était de « *clarifier les rôles respectifs des élus du*

⁹³⁰ L'arrêté d'extension a pour effet de rendre applicable l'accord collectif à un employeur, même si celui-ci n'a pas signé l'accord, ou n'est pas membre d'une organisation patronale signataire ou adhérente (C. trav., art. L. 2261-15). Sur les fonctions de l'extension d'un accord collectif, v. G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1485, p. 1918.

⁹³¹ M. MORAND, « Normes collectives et consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2013. 1106 ; Adde F. MARRON, « Même en cas d'application d'un accord collectif étendu, l'employeur peut avoir l'obligation de consulter le comité d'entreprise », note ss. Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-10.625, *Gaz. Pal.* 2013, n° 82, p. 940 : « *Par cette décision, la Cour de cassation permet l'expression collective des salariés ainsi que la prise en compte de leurs intérêts dans la mise en œuvre d'une mesure susceptible de les affecter. Peu importe, en l'occurrence, que cette mesure ne soit pas le fruit d'une décision de l'employeur* ».

⁹³² L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

⁹³³ C. trav., art. L. 2312-14, al. 2.

⁹³⁴ Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-10.625, *Bull. civ.* V, n° 302 ; *D.* 2012. 2809 ; *RJS* 2013. 137 ; *JCP S* 2012. 523 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 82, p. 940, note F. Marron.

⁹³⁵ Exposé des motifs, L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

⁹³⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 132, p. 325 : « *s'il plait au législateur de rédiger un exposé des motifs pour indiquer l'utilité et la portée de la loi, cette déclaration n'a pas de valeur propre* ».

⁹³⁷ L'exposé des motifs permet « *de préciser, sans l'altérer, l'idéologie du projet* » (P. DURAND, « L'association capital-travail », *Dr. soc.* 1951. 604).

⁹³⁸ H. TISSANDIER, « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2015. 889.

comité d'entreprise et des délégués syndicaux »⁹³⁹. L'application de l'accord collectif étant la déclinaison du projet d'accord collectif non soumis à consultation, elle devrait en suivre le régime et ne pas être soumise à consultation du comité social et économique⁹⁴⁰.

121. Une analyse littérale. Une analyse littérale de la loi invite à circonscrire l'absence de consultation du comité social et économique à trois cas : les projets d'accord collectif, leur révision et leur dénonciation⁹⁴¹. La solution retenue en 2012 sur l'application de l'accord collectif⁹⁴² resterait applicable⁹⁴³, *a fortiori* si l'accord collectif le prévoit⁹⁴⁴. La justification tient en une maxime : *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁹⁴⁵. Pour dissiper les doutes, la loi aurait pu ajouter à l'énumération - projets, révision, dénonciation - le terme d'*application*, ce qu'elle n'a pas fait⁹⁴⁶. La Cour de cassation occupe l'espace laissé vacant et intègre la consultation du comité social et économique sur l'application d'un accord collectif dans une consultation récurrente lorsque cela se justifie⁹⁴⁷. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation admet le recours à un expert par un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁹⁴⁸, peu important que le projet « *procède d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'un accord d'entreprise* »⁹⁴⁹. Le demandeur au pourvoi invoquait justement que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne

⁹³⁹ Étude d'impact, Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 112.

⁹⁴⁰ E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1238, p. 749 ; J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169.

⁹⁴¹ C. trav., art. L. 2312-14, al. 2.

⁹⁴² Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-10.625, *Bull. civ. V*, n° 302 ; *D.* 2012. 2809 ; *RJS* 2013. 137 ; *JCP S* 2012. 523 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 82, p. 940, note F. Marron.

⁹⁴³ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1275, p. 1664 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 981, p. 744.

⁹⁴⁴ Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-10.891, *Bull. civ. V*, n° 343 ; *D.* 2002. 764, obs. T. Katz ; *RJS* 2002. 51.

⁹⁴⁵ H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 8^e éd., LexisNexis, 2021, p. 381 : « *Là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer* ».

⁹⁴⁶ L'article L. 2312-14, al. 2 du Code du travail aurait été rédigé comme suit : « *Les projets d'accord collectif, leur révision, leur application ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité* » (nous soulignons).

⁹⁴⁷ Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 17-31.274, *Bull. civ. V* ; *JCP S* 2019. 1310, note M. Morand ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 42, p. 49, note H. de Brier ; *BJT* 2019, n° 12, p. 20, note G. Auzero ; *RJS* 2019. 699 ; *D.* 2019. 1843.

⁹⁴⁸ C. trav., art. L. 4614-12, anc.

⁹⁴⁹ Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 17-23.550.

pouvait être consulté « *sur les effets d'un accord déjà conclu* »⁹⁵⁰, ce qui n'a pas convaincu la Cour de cassation⁹⁵¹.

122. Confirmation d'une analyse littérale. Dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 20 décembre 2017⁹⁵², le troisième alinéa de l'article L. 2312-14 du Code du travail était rédigé comme suit : « *Les entreprises ayant conclu un accord dans des domaines prévus par la présente section ne sont pas soumises, dans ces domaines, à l'obligation de consultation du comité social et économique* »⁹⁵³. Le texte écartait à la fois la consultation du comité social et économique sur le projet d'accord collectif et sur son application, puisqu'était visée la notion de *domaine*⁹⁵⁴. La modification ultérieure de l'ordonnance introduit une incertitude⁹⁵⁵. La formule de l'article L. 2312-14 est finalement circonscrite à la seule gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁹⁵⁶. Cette modification tend à privilégier une analyse littérale de la règle selon laquelle « *les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité* »⁹⁵⁷. Si l'application de l'accord collectif est comprise dans la notion de « *projets d'accord collectif* »⁹⁵⁸, la précision relative à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est inutile. La consultation sur l'application d'un accord collectif ne serait plus due, y compris en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Au contraire, si l'application d'un accord collectif donne lieu à consultation du comité social et économique, la

⁹⁵⁰ Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 17-23.550.

⁹⁵¹ Selon un auteur, cet arrêt illustre une « *orientation de fond de la Haute juridiction* » (C. GUILLON, « Place du CSE dans le dialogue social », *Cah. DRH* 2020, n° 273, p. 2).

⁹⁵² Ord. n° 2017-1718 du 20 déc. 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0297, 21 déc. 2017, texte n° 46.

⁹⁵³ C. trav., art. L. 2312-14, al. 3, anc.

⁹⁵⁴ G. BORENFREUND, « La fusion des instances représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608 : « *Si l'on s'en tient à la radicalité de la formulation, la signature même d'un accord collectif, et non pas seulement l'engagement d'une négociation ou la dénonciation et la révision de l'accord, pourrait avoir pour conséquence extrême de dispenser par la suite l'employeur de consulter le comité, la consultation se voyant comme absorbée par l'acte ayant couronné la négociation* ».

⁹⁵⁵ A. STOCKI, « Les attributions du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés : le changement c'est maintenant ! (demain aussi probablement) », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 101.

⁹⁵⁶ C. trav., art. L. 2312-14, al. 3 : « *Les entreprises ayant conclu un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ne sont pas soumises, dans ce domaine, à l'obligation de consultation du comité social et économique* ».

⁹⁵⁷ C. trav., art. L. 2312-14, al. 2.

⁹⁵⁸ C. trav., art. L. 2312-14, al. 3.

précision relative à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences a du sens. La consultation du comité social et économique sur l'application de l'accord collectif serait obligatoire, sauf pour la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, laquelle jouerait comme une exception au principe⁹⁵⁹. La Cour de cassation a, en dépit de cette logique⁹⁶⁰, récemment affirmé le contraire sur le fondement des attributions générales du comité social et économique⁹⁶¹. Elle a, ce faisant, bafoué la portée de la disposition discutée⁹⁶².

123. Les accords collectifs aux conséquences importantes. Sa position conforte néanmoins l'idée que la consultation du comité social et économique est due sur l'application des accords collectifs, notamment en cas de conséquences importantes⁹⁶³. L'accord de performance collective est concerné⁹⁶⁴. La possibilité d'aménager la durée du travail, la rémunération, et de déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise⁹⁶⁵, peut rendre impérieuse la consultation du comité social et économique⁹⁶⁶. L'accord de performance collective peut avoir une incidence sur la marche générale de l'entreprise⁹⁶⁷, voire sur le volume ou la structure des effectifs⁹⁶⁸ : le refus du salarié de la modification contractuelle imposée par l'accord de performance collective constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement⁹⁶⁹. Le comité social et économique doit être consulté sur la fluctuation

⁹⁵⁹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 981, p. 744.

⁹⁶⁰ D. GUILLOUET & P. MUREAU, « Accord de GPEC : l'employeur n'est pas exempté de toute consultation », note ss. Cass. soc., 29 mars 2023, n° 21-17.729, *SSL* 2023, n° 2042, p. 10.

⁹⁶¹ Cass. soc., 29 mars 2023, n° 21-17.729, *Bull. civ. V* ; *D.* 2023. 648 ; *JCP G* 2023. 458 ; *JCP E* 2023. 352 ; *JCP S* 2023. 118 ; *SSL* 2023, n° 2042, p. 10, note D. Guillouet & P. Mureau.

⁹⁶² C. trav., art. L. 2312-14, al. 3.

⁹⁶³ Cass. crim., 1^{er} déc. 2020, n° 19-84.476, *RJS* 2021. 155, relatif à un défaut de consultation du comité social et économique sur l'intégration de primes conventionnelles dans le salaire de base des salariés.

⁹⁶⁴ C. trav., art. L. 2254-2.

⁹⁶⁵ C. trav., art. L. 2254-2, I.

⁹⁶⁶ M. OLLIVIER & B. TAILLARDAT-PIETRI, « L'APC : opportunités et précautions d'emploi », *SSL* 2018, n° 1827, p. 6.

⁹⁶⁷ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1131, p. 833.

⁹⁶⁸ C. trav., art. L. 2312-8.

⁹⁶⁹ C. trav., art. L. 2254-2, V.

des effectifs résultant de l'application de l'accord de performance collective⁹⁷⁰. L'inanité de la consultation sur l'application de l'accord collectif n'en est pas moins réelle.

II. L'inanité de la consultation

124. L'effet inutile de la consultation. Non consulté sur le projet d'accord collectif, le comité social et économique peut l'être sur son application. La subtilité de la règle devrait déjà permettre d'exiger son bannissement⁹⁷¹. Surtout, la consultation du comité social et économique sur l'application d'un accord collectif est inutile si elle est exclue lors de la négociation. La conclusion de l'accord par l'employeur présuppose sa future application. Sinon, il ne l'aurait pas conclu. Or, pour que la consultation du comité social et économique ait un sens, le projet d'appliquer l'accord collectif doit être réversible. L'employeur doit pouvoir renoncer à appliquer l'accord collectif ou doit pouvoir le modifier, ce qui n'est pas le cas⁹⁷². L'inanité de la consultation du comité social et économique sur l'application d'un accord collectif est patente⁹⁷³. L'effet utile de la consultation est absent, faute de réversibilité de la décision d'appliquer l'accord⁹⁷⁴. La Chambre criminelle de la Cour de cassation l'avait perçu lorsqu'elle avait estimé qu' « *il n'importe que le comité d'entreprise ait été informé et consulté* »

⁹⁷⁰ A. TEISSIER, « L'accord de performance collective : quelques points de repère », *JCP S* 2020. 3029 : « *Selon le nombre de postes concernés et l'importance du projet en cause, une procédure d'information et de consultation du comité social et économique pourra s'imposer pour accompagner cette réorientation de la stratégie de l'entreprise et ses conséquences sur les effectifs* ».

⁹⁷¹ *Rappr.* MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1777, XXIX, XVI.

⁹⁷² *Rappr.* D. GUILLOUET & P. MUREAU, « Accord de GPEC : l'employeur n'est pas exempté de toute consultation », note ss. Cass. soc., 29 mars 2023, n° 21-17.729, *SSL* 2023, n° 2042, p. 10 : « *on peut douter de l'effet utile de la consultation du comité social et économique sur la mise en œuvre de l'accord, l'employeur ne pouvant pas procéder unilatéralement à sa modification pour tenir compte des éventuelles propositions et de l'avis du comité, sauf à mettre en œuvre des mesures unilatérales plus favorables. Hormis cette dernière hypothèse, la modification de l'accord ne peut donc résulter que de l'engagement d'une procédure de révision, à laquelle l'employeur n'est pas contraint, de sorte qu'en pratique cela peut sembler théorique. Dans ces conditions, seule l'information du comité conserve réellement un intérêt, à moins que l'employeur engage une procédure de révision de l'accord (...) à l'issue de sa consultation* ».

⁹⁷³ M. MORAND, « Normes collectives et consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2013. 1106 : « *l'employeur, quel que soit l'avis rendu, sera dans l'impossibilité de modifier le contenu d'un texte auquel il est assujéti* ».

⁹⁷⁴ J.-F. CESARO, « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169 : « *l'employeur ne fait aucun choix et, dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de consulter les représentants* ».

avant la mise en œuvre effective des mesures prévues par l'accord (...), dès lors que celui-ci était définitif à la date de la consultation »⁹⁷⁵.

125. Une solution : l'information. Une simple information du comité social et économique sur l'application de l'accord collectif doit être envisagée⁹⁷⁶. Elle pourrait être fonction de son contenu, selon la latitude décisionnelle de l'employeur⁹⁷⁷. L'application de l'accord collectif qui ne résulterait pas d'un dispositif conventionnel optionnel donnerait lieu à une simple information du comité social et économique, car l'employeur ne disposerait d'aucune marge de manœuvre⁹⁷⁸. La consultation du comité social et économique ne s'imposerait que lorsque l'employeur disposerait d'une liberté dans l'application de l'accord collectif. La distinction serait toutefois difficile, car les stipulations d'un accord collectif peuvent être obscures⁹⁷⁹. Les contentieux en interprétation des accords collectifs, déjà importants, pourraient s'intensifier⁹⁸⁰.

126. Conclusion de paragraphe. L'intention du législateur semblait être de supprimer la consultation du comité social et économique sur l'application des accords collectifs. Mais l'incertitude rédactionnelle de la loi a permis à la jurisprudence de se maintenir partiellement en l'état antérieur. Le comité social et économique, non consulté sur le projet d'accord collectif, l'est potentiellement sur son application. Or, cette consultation du comité social et économique sur l'application de l'accord collectif est inutile, car la réversibilité du projet décisionnel de l'employeur est absente.

⁹⁷⁵ Cass. crim., 13 déc. 1994, n° 93-85.092, *Bull. crim.*, n° 405 ; *RJS* 1995. 252 ; *RSC* 1995. 361, note G. Giudicelli-Delage.

⁹⁷⁶ D. GUILLOUET & P. MUREAU, « Accord de GPEC : l'employeur n'est pas exempté de toute consultation », note ss. Cass. soc., 29 mars 2023, n° 21-17.729, *SSL* 2023, n° 2042, p. 10.

⁹⁷⁷ M. MORAND, « Normes collectives et consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2013. 1106.

⁹⁷⁸ M. MORAND, « Normes collectives et consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2013. 1106 : « *L'intérêt et la pertinence de la consultation sont alors totalement absents. Alors non, la consultation ne devrait pas être requise, une simple information devrait suffire* ».

⁹⁷⁹ B. TEYSSIÉ, « De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail », *JCP S* 2017. 1179 : « *le recours à des formules ambiguës [est], en maintes circonstances, le seul moyen de parvenir à un accord, chacun des signataires acceptant de le conclure parce qu'il peut le lire à la lumière de ses propres préoccupations... jusqu'au jour où, de là, un litige naîtra* ».

⁹⁸⁰ A. MARTINON & E. PESKINE, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2017. 115.

127. Conclusion de section. L'obligation de consultation du comité social et économique sur une décision négociée de l'employeur est ambiguë. La consultation sur le projet d'accord collectif est désormais exclue. Le législateur s'est frontalement opposé à l'ancienne compétence du comité social et économique instituée par la jurisprudence. En revanche, si le législateur a souhaité exclure la consultation du comité social et économique sur l'application de l'accord collectif, la jurisprudence ne l'a pas entendu ainsi. Celle-ci demeure, au risque parfois d'être dépourvue d'effet utile.

128. Conclusion de chapitre. L'obligation de consultation du comité social et économique laisse une impression d'inachevé. La portée juridique de son avis demeure limitée. L'articulation entre ses différentes attributions consultatives est complexe compte tenu de la sédimentation des textes. Des évolutions conduisent aussi à rendre discutables certaines consultations du comité social et économique, lesquelles, faute de présenter un effet utile, pourraient être remplacées par de simples obligations d'information.

129. Conclusion de titre. La participation du comité social et économique au travers de son information-consultation a l'expérience du temps, mais cette dynamique est éprouvée. Deux phénomènes peuvent l'expliquer. D'une part, l'obligation d'information du comité social et économique a pris une ampleur importante, de sorte qu'il peut être affirmé que la focale du législateur s'est davantage portée sur l'information que sur la consultation du comité social et économique. La base de données économiques, sociales et environnementales en constitue une manifestation tangible, puisqu'il s'agit de favoriser l'information du comité social et économique. Mais l'accessibilité de cette dernière reste à parfaire. La montée en puissance de l'information, laquelle a pour but d'éclairer la consultation du comité social et économique, pourrait ne plus remplir sa fonction. D'autre part, les obligations de consultation du comité social et économique ont été empilées progressivement par les législateurs successifs. Le champ matériel de la consultation du comité social et économique est désormais immense. Néanmoins, eu égard à l'absence de réflexion d'ensemble sur le droit de la consultation du comité social et économique, cette sédimentation des textes altère l'intelligibilité de l'exigence de sa consultation. Elle

brouille aussi en maints cas son effet utile. La dynamique d'information-consultation en ressort éprouvée. Les sanctions de l'information-consultation du comité social et économique ne comblent pas les lacunes constatées.

Titre 2. L'efficacité des sanctions de l'information-consultation

130. La faiblesse des sanctions de l'information-consultation. Il est souvent avancé que la force d'une règle juridique se mesure à l'aune de sa sanction. La participation du comité social et économique par l'information-consultation n'échappe pas à la règle⁹⁸¹. Tant le défaut que l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique sont sanctionnés. La directive européenne du 14 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs prévoit que les sanctions de la violation des attributions du comité social et économique doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* »⁹⁸². Les sanctions applicables ne sont toutefois pas de nature à garantir la participation du comité social et économique⁹⁸³. Elles interviennent tardivement et pas assez vigoureusement. Le constat vaut tant pour les sanctions civiles (**Chapitre 1**) que pour les sanctions pénales (**Chapitre 2**).

⁹⁸¹ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *L'obligation de consultation n'a de sens qu'autant qu'elle est assortie de sanction* » ; P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17 : « *L'attention portée à la procédure de consultation se mesure également dans les dispositifs de sanction* ».

⁹⁸² Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 8, § 2, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

⁹⁸³ V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 203, p. 155 : « *la faiblesse des sanctions du non-respect de ces règles, et surtout de leurs effets sur l'action de l'employeur, peuvent conduire à s'interroger sur l'utilité de l'intervention du comité d'entreprise et, de ce fait, sur la réalité d'une participation effective des salariés aux décisions de l'employeur* ».

Chapitre 1. Les sanctions civiles

« L'attachement de notre droit au maintien de l'autorité patronale se révèle également dans la faiblesse relative des sanctions civiles auxquelles s'expose l'employeur en l'absence de consultation du comité d'entreprise »⁹⁸⁴

131. Insuffisance et renouvellement des sanctions civiles. Les sanctions civiles du défaut ou de l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique sont insuffisantes à assurer sa participation. Les sanctions civiles actuelles sont la suspension du projet de décision de l'employeur et l'allocation de dommages-intérêts au profit du comité, selon le moment où la violation de ses attributions est constatée. La portée limitée de la première et la tardiveté de la seconde rendent ces sanctions impropres à assurer l'information-consultation du comité social et économique (**Section 1**). Pour pallier ces difficultés, des sanctions civiles potentielles, comme l'inopposabilité ou la nullité, doivent être explorées (**Section 2**).

⁹⁸⁴ G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.

Section 1. Les sanctions civiles actuelles

132. Une application distributive. Le défaut ou l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique ouvrent, en matière civile, à sanctions. Celles-ci s'appliquent de manière distributive, selon la temporalité de l'information-consultation du comité social et économique. Si celle-ci est encore en cours, la suspension du projet de décision de l'employeur est encourue (§1). Si l'information-consultation est terminée, seule l'allocation de dommages-intérêts peut réparer la violation des attributions du comité social et économique (§2).

§1. La suspension du projet décisionnel de l'employeur

133. La suspension du projet décisionnel de l'employeur est une sanction originale du droit du travail. Elle doit être appréhendée dans son principe (I) avant de mettre en exergue ses limites (II).

I. Le principe

134. La suspension : notion et application. La suspension renvoie tant à l'action de suspendre, c'est-à-dire d'interrompre momentanément le cours d'une action⁹⁸⁵ ou d'un processus⁹⁸⁶, qu'au résultat de cette action : l'interdiction provisoire de prendre une décision⁹⁸⁷. L'employeur qui ne consulte pas le comité social et économique, ou le consulte dans des conditions irrégulières, s'expose à la suspension de son projet décisionnel⁹⁸⁸. La force de l'action en suspension est de « *paralyser* »⁹⁸⁹, au moins

⁹⁸⁵ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Suspendre*.

⁹⁸⁶ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Suspendre*.

⁹⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. *Quadrige*, 2022, v° *Suspension* : « *Action de suspendre et résultat de cette action ; mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exercice d'une fonction ou d'un droit, à l'exécution d'une convention ou d'une décision, au déroulement d'une opération ou d'une instance..., soit à titre de sanction, soit par mesure d'attente* ».

⁹⁸⁸ Cass. soc., 10 juill. 2019, n° 18-10.815, *RJS* 2019. 639.

⁹⁸⁹ E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. *Hypercours*, 2023, n° 1242, p. 751.

provisoirement, la décision objet de la consultation⁹⁹⁰. Encore faut-il que le projet ne soit pas d'ores et déjà adopté⁹⁹¹, car suspendre le cours de ce qui n'existe plus est pour le moins délicat⁹⁹². La suspension est encourue tant en cas d'absence de consultation qu'en cas d'irrégularité affectant le déroulement de celle-ci⁹⁹³. Le degré de gravité n'est pas identique, mais le résultat peut l'être si le comité social et économique ne peut rendre un avis éclairé en raison de l'irrégularité⁹⁹⁴. Néanmoins, contrairement à antérieurement⁹⁹⁵, l'information insuffisante ne permet plus de voir ordonner la

⁹⁹⁰ P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17 : « La force de la procédure se mesure plus encore à sa capacité à mettre en cause la décision, objet de la consultation. Le comité d'entreprise peut obtenir du juge des référés la suspension des opérations de restructuration en cours tant que la consultation n'a pas été régulièrement effectuée, peu importe que le processus de consultation ait déjà été engagé » ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 882, p. 879 : « la force de la procédure de consultation se mesure plus encore à sa capacité à mettre en cause la décision objet de la consultation, par exemple la fermeture d'un site ».

⁹⁹¹ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 576, p. 391 : « Une fois la décision adoptée et mise en œuvre, la demande de suspension de la décision ne peut plus aboutir. La suspension ne peut alors intervenir qu'en amont de la décision ».

⁹⁹² Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-15.584, *Bull. civ. V*, n° 190 ; *RJS* 2018. 32 ; *Cah. soc.* 2018, n° 303, p. 11 ; *D.* 2018. 813, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 139, obs. M. Véricel ; *SSL* 2017, n° 1791, p. 15 ; *JCP S* 2017. 1419, note L. Cailloux-Meurice : « l'irrégularité affectant le déroulement de la procédure d'information-consultation permet seulement aux institutions représentatives du personnel d'obtenir la suspension de la procédure, si elle n'est pas terminée » ; Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-17.128, *Bull. civ. V*, n° 108 ; *Dr. soc.* 2004. 668, obs. G. Couturier ; *TPS* 2004. 189 ; *JCP G* 2004. 2198 ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 272, p. 13 ; *SSL* 2004, n° 1165, p. 12 ; *RJS* 2004. 672 ; *D.* 2004. 1283 ; Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-22.343, *Bull. civ. V*, n° 501 ; *JCP E* 1999. 13 ; *JCP G* 1999. 1018 ; *RJS* 1999. 29 ; *D.* 1998. 18 ; *Dr. soc.* 1999. 98, obs. F. Gaudu.

⁹⁹³ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1146, p. 841 : « Si un comité social et économique apprend qu'une opération relevant de sa compétence consultative a été décidée alors qu'il n'a pas été consulté, ou s'il a été réuni et consulté d'une manière irrégulière (...), il peut saisir le juge des référés à l'effet d'ordonner une suspension des opérations en cours tant que sa consultation n'aura pas été régulièrement assurée » ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 576, p. 391 : « Aussi bien le défaut de consultation du comité d'entreprise, que son irrégularité, justifie que le comité d'entreprise demande la suspension de la décision en cause ».

⁹⁹⁴ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.562, p. 786 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 768, p. 592.

⁹⁹⁵ Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-14.629, *RDT* 2013. 775, obs. F. Signoretto ; C. PARÈS, « La production forcée par voie judiciaire des informations dues au comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2010. 170.

suspension de la procédure de consultation⁹⁹⁶. La disposition spéciale de l'article L. 2312-15 du Code du travail y fait désormais échec⁹⁹⁷.

135. Le référé comme voie privilégiée du rétablissement de la légalité. Il ne revient pas au comité social et économique d'ordonner la suspension du projet décisionnel de l'employeur⁹⁹⁸. Il doit s'adresser au juge des référés⁹⁹⁹. Ce droit d'agir en justice ne lui est pas expressément reconnu par la loi, mais découle de sa personnalité juridique¹⁰⁰⁰. Saisi sur le fondement de l'article 835 du Code de procédure civile¹⁰⁰¹, le juge des référés est l'acteur privilégié du rétablissement de la légalité¹⁰⁰². Sa compétence est soumise à l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent¹⁰⁰³. Or, la Cour de cassation considère que l'absence de consultation du comité social et économique avant la mise en œuvre d'un projet dans un cas où elle est légalement obligatoire « *constitue un trouble manifestement illicite* »¹⁰⁰⁴. La

⁹⁹⁶ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 876, p. 875 ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1296, p. 1687.

⁹⁹⁷ C. trav., art. L. 2312-15, al. 4 et 5 : « *Le comité peut, s'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité, le juge peut décider la prolongation du délai prévu au deuxième alinéa* ».

⁹⁹⁸ M. COHEN, « Le recours au juge des référés pour faire suspendre une décision irrégulière de l'employeur », *RPDS* 1998. 283.

⁹⁹⁹ M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, PUAM, 2004, n° 302, p. 201 et s.

¹⁰⁰⁰ Q. URBAN, *Répertoire de droit du travail. Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique*, Dalloz, 2015, n° 584.

¹⁰⁰¹ C. proc. civ., art. 835 : « *Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ».

¹⁰⁰² M.-L. DUFRESNE-CASTETS, « Le référé comme garantie de l'effectivité des droits », *Dr. ouvr.* 2004. 251.

¹⁰⁰³ Cass. 1^e civ., 18 nov. 1997, n° 95-20.679, *Bull. civ. I*, n° 312 ; *D.* 1997. 263 ; *JCP E* 1998. 56 ; *JCP G* 1998. 1028.

¹⁰⁰⁴ Cass. soc., 10 juill. 2019, n° 18-10.815, *RJS* 2019. 639.

compétence du juge des référés ne fait donc pas de doute¹⁰⁰⁵. Souvent assortie d'astreintes dissuasives¹⁰⁰⁶, la suspension du projet de décision de l'employeur a lieu jusqu'au rétablissement du comité social et économique dans ses droits¹⁰⁰⁷. Son action a pour but de prévenir l'absence d'expression des intérêts des salariés avant l'adoption d'une décision de l'employeur les affectant¹⁰⁰⁸.

136. Une action tournée vers la prévention de l'atteinte aux droits des salariés.

Cette atteinte potentielle portée aux intérêts des salariés justifie des actions judiciaires complémentaires à celle du comité social et économique¹⁰⁰⁹. Ainsi en est-il de l'action d'une organisation syndicale, celle-ci pouvant agir en suspension du projet décisionnel

¹⁰⁰⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1302, p. 1692 : « Confronté à un trouble manifestement illicite par méconnaissance ou mépris de ses attributions, le comité social et économique peut utilement saisir le juge des référés en vue de faire ordonner (...) la suspension de la mesure projetée tant qu'il n'a pas été régulièrement consulté » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.561, p. 785 : « Le défaut de consultation du comité social et économique caractérise un trouble manifestement illicite autorisant cette instance à demander, par voie de référé, l'adoption des mesures qui s'imposent. Il justifie notamment que soit ordonnée, le cas échéant, la suspension du projet et qu'il soit enjoint à l'employeur de procéder à la consultation ».

¹⁰⁰⁶ M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006. 861 : « Le pouvoir du juge des référés d'assortir son ordonnance d'astreintes dissuasives assure ainsi un effet direct de l'action du comité d'entreprise sur le rapport de travail ».

¹⁰⁰⁷ Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19.594, *Bull. civ. V*, n° 398 ; *Dr. soc.* 2001. 212, obs. C. Radé ; *Gaz. Pal.* 2001, n° 6, p. 21 ; *RJS* 2001. 212 ; *SSL* 2001, n° 1010, p. 11 ; Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40.273, *Bull. civ. V*, n° 49 ; *RDT* 2008. 540, obs. G. Borenfreund ; *JCP E* 2008. 2214, note G. Vachet ; *JCP S* 2008. 1310, note D. Corrignan-Carsin ; *RJS* 2008. 576.

¹⁰⁰⁸ E. JEANSEN, « Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 233, spéc. p. 240 : « Constatant un trouble manifestement illicite ou un dommage imminent, le juge des référés se contente de figer la situation dans l'attente d'un jugement au principal ou de la réalisation d'une formalité particulière. Il gèle la situation avant que l'illicéité ne s'inscrive irrémédiablement dans les faits » ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 600, p. 406 : « Le défaut de consultation par l'employeur, soit la mise en œuvre d'une décision sans respect de la procédure de consultation préalable prive totalement les salariés de la faculté d'exprimer collectivement leur avis ».

¹⁰⁰⁹ M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006. 861.

initié au mépris des attributions du comité social et économique¹⁰¹⁰. Le défaut de consultation, ou son irrégularité, portent atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'elle représente¹⁰¹¹. Cette action syndicale a d'abord été envisagée de façon autonome vis-à-vis de l'action du comité social et économique¹⁰¹². Elle a ensuite été conditionnée à ce que le comité social et économique ne se désiste pas de son action¹⁰¹³. Aujourd'hui, l'action syndicale est seulement admise en renfort de l'action principale du comité social et économique. Selon la Cour de cassation, les organisations syndicales ne peuvent que s'associer à l'action menée par le comité social et économique, mais ne peuvent se substituer à lui en se prévalant d'un défaut de consultation dont il ne fait pas état¹⁰¹⁴. La montée en puissance de l'accord collectif pourrait complexifier cet état du droit¹⁰¹⁵. Selon certains juges du fond, une organisation syndicale serait recevable à solliciter la mise en œuvre d'une consultation prévue par un accord collectif, indifféremment de l'action du comité social et économique¹⁰¹⁶. Si la Cour de cassation admet qu'une organisation syndicale peut agir

¹⁰¹⁰ Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11.411, *Bull. civ.* V, n° 140 ; *Dr. ouvr.* 2008. 626, note C. Ménard ; *D.* 2008. 1904 ; *RDT* 2008. 666, obs. A. Fabre ; *RJS* 2008. 1008 ; *JCP S* 2008. 1634, note B. Gauriau ; *JCP E* 2008. 2040 ; *JCP G* 2008. 2391 ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 101, p. 25 ; *SSL* 2008, n° 1378, p. 12, note O. Levannier-Gouël : « *les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ; qu'il en résulte qu'ils peuvent demander en référé les mesures de remise en état destinées à mettre fin à un trouble manifestement illicite affectant cet intérêt collectif ; Que la cour d'appel a dès lors exactement retenu que le défaut de réunion, d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel lorsqu'elles sont légalement obligatoires portait atteinte à l'intérêt collectif de la profession et déclaré recevable l'action des fédérations syndicales* ».

¹⁰¹¹ C. trav., art. L. 2132-3.

¹⁰¹² Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22.014, *Bull. civ.* V, n° 226 ; *RJS* 2012. 882 ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 271, p. 29 ; *D.* 2012. 2179 ; *Dr. soc.* 2012. 1065, obs. A. Mazeaud ; *JCP S* 2012. 1521, note G. Loiseau ; *SSL* 2012, n° 1552, p. 15.

¹⁰¹³ Cass. soc., 27 nov. 2012, n° 11-22.798.

¹⁰¹⁴ Cass. soc., 14 déc. 2015, n° 14-17.152, *RJS* 2016. 188 ; *RDT* 2016. 195, obs. C. Vigneau ; *SSL* 2016, n° 1739, p. 51, note E. Boussard-Verrecchia & P. Masson : « *l'action des organisations syndicales ne peut que s'associer à l'action menée par une des institutions représentatives du personnel concernées mais ne peut se substituer à elles en se prévalant d'un défaut de consultation dont elles ne font pas état* ».

¹⁰¹⁵ C. WOLMARK, « L'action dans l'intérêt collectif - Développements récents », *Dr. soc.* 2017. 631.

¹⁰¹⁶ TJ Havre, réf., 7 mai 2020, n° 20/00143.

en exécution d'un accord collectif¹⁰¹⁷, même lorsqu'elle n'en est pas signataire¹⁰¹⁸, elle n'a jamais tranché le lien avec l'action du comité social et économique relativement à ses attributions consultatives. Or, le comité social et économique ne peut pas agir en exécution d'un accord collectif, même si l'accord a une incidence sur son fonctionnement¹⁰¹⁹. La solution selon laquelle l'action syndicale viendrait nécessairement « s'associer »¹⁰²⁰ à celle du comité social et économique est donc hasardeuse¹⁰²¹. Conditionner l'action syndicale à l'action du comité social et économique n'a pas de sens, car la jurisprudence lui dénie cette action. Lorsque la consultation du comité social et économique résulte de l'application d'un accord collectif, l'action syndicale n'existe plus. Le champ de l'action en suspension du projet décisionnel de l'employeur adopté au mépris des attributions du comité social et économique en est réduit d'autant.

¹⁰¹⁷ Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340, *Bull. civ.* V, n° 68 ; *RJS* 2007. 875 ; *RDT* 2007. 536, obs. G. Borenfreund ; *Dr. soc.* 2008. 571, obs. O. Levannier-Gouël ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 47, p. 24 ; *JCP E* 2008. 1096, note G. Vachet ; *JCP S* 2007. 1918, note R. Vatinet ; *JCP G* 2007. 2150 ; *SSL* 2007, n° 1316, p. 12, note O. Gouël ; Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 07-10.095, *Bull. civ.* V, n° 10 ; *RDT* 2008. 245, obs. M. Véricel ; *JCP G* 2008. 1311 ; *JCP S* 2008. 1599, note B. Gauriau ; *JCP E* 2008. 1255 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 332, p. 30 ; *RJS* 2008. 464 ; *SSL* 2008, n° 1338, p. 15.

¹⁰¹⁸ Cass. soc., 11 juin 2013, n° 12-12.818, *Bull. civ.* V, n° 151 ; *Cah. soc.* 2013, n° 254, p. 273, note F. Canut ; *JCP S* 2014. 1033, note F. Bousez ; *RJS* 2013. 628 ; *D.* 2013. 1555 ; *SSL* 2013, n° 1590, p. 15 ; Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-23.899, *Bull. civ.* V, n° 271 ; *RDT* 2015. 126, obs. I. Odoul-Asorey ; *D.* 2014. 1414 ; *JCP S* 2014. 438, note N. Léger ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 338, p. 29, note C. Berlaud ; *Cah. soc.* 2015, n° 270, p. 27, note F. Canut ; *RJS* 2015. 129.

¹⁰¹⁹ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.547, *Dr. soc.* 2011. 877, obs. F. Petit ; *RJS* 2011. 434 ; Cass. soc., 17 nov. 2015, n° 14-13.072, *JCP S* 2015. 470 ; *Cah. soc.* 2016, n° 281, p. 26, note F. Canut ; Cass. soc., 1^{er} juill. 2020, n° 18-21.924, *JCP S* 2020. 319 ; *Procédures* 2020. 174, note A. Bugada ; *RDT* 2020. 627, obs. C. Wolmark.

¹⁰²⁰ Cass. soc., 14 déc. 2015, n° 14-17.152, *RJS* 2016. 188 ; *RDT* 2016. 195, obs. C. Vigneau ; *SSL* 2016, n° 1739, p. 51, note E. Boussard-Verrecchia & P. Masson.

¹⁰²¹ CA Rouen, 21 oct. 2020, n° 20/01582, *RJS* 2021. 23 : « *Il est constant que si, aux termes de l'article L. 2132-3 du code du travail, les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, notamment en cas de défaut de réunion, d'information ou de consultation des institutions représentatives du personnel lorsqu'elles sont légalement obligatoires, il n'ont pas qualité à agir aux lieux et place de ces institutions pour tirer argument d'une irrégularité, tel un défaut de consultation, qu'elles n'invoquent pas, même si cette irrégularité est susceptible de méconnaître les dispositions d'un accord d'entreprise, étant observé au demeurant que le syndicat CGT n'a pas signé l'accord qu'il prétend défendre aujourd'hui. En l'absence d'action engagée par le comité social et économique à laquelle le syndicat CGT aurait pu s'associer, les demandes de ce dernier sont donc également irrecevables* » (nous soulignons).

II. Les limites

137. Retarder sans empêcher. Le mécanisme de la suspension reste, par essence, limité¹⁰²². S'il permet de retarder la décision de l'employeur, il ne peut l'empêcher¹⁰²³. Le comité social et économique ne peut contester une décision de l'employeur autrement que pour faire respecter ses attributions, car il n'a pas en charge de défendre l'intérêt collectif de la profession¹⁰²⁴. La Cour de cassation l'évoque en ces termes : « *le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés* »¹⁰²⁵. L'action du comité social et économique est aujourd'hui cantonnée à la défense de ses intérêts propres¹⁰²⁶, car l'intérêt à agir de l'article 31 du Code de procédure civile s'entend d'un intérêt personnel et direct¹⁰²⁷. Contrairement aux organisations syndicales¹⁰²⁸, le comité social et économique ne

¹⁰²² D. FABRE & D. GATUMEL, « L'information et la consultation du comité d'entreprise. Le défaut d'information ou de consultation du comité », *JCP E* 1992. 320 : « *Ne pourrait-on, alors, s'interroger sur l'utilité de suspendre, donc de retarder, alors que le comité n'a pas le pouvoir d'empêcher ?* ».

¹⁰²³ M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006. 861 ; V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 62, p. 56 : « *L'action en référé ne permet cependant qu'une sauvegarde relative des intérêts des salariés puisque le défaut de consultation du comité qui concerne une décision prise par l'employeur n'entraîne pas son abandon, mais son ajournement dès lors qu'elle n'est pas devenue définitive. Le non-respect des droits d'information et de consultation ne permet pas en conséquence au comité de s'opposer à la décision de l'employeur, qui pourra prendre effet dès que ce dernier aura rempli ses obligations* ».

¹⁰²⁴ Cass. soc., 18 mars 1997, n° 93-43.989, *Bull. civ. V*, n° 110 ; *RJS* 1997. 1106 ; *Dr. soc.* 1997. 544, obs. G. Couturier & J. Savatier ; *D.* 1998. 256, obs. A. Lyon-Caen ; *JCP G* 1997. 1023 ; Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, *Bull. civ. V*, n° 51 ; *JCP S* 2007. 1943, note R. Vatinet ; *JCP G* 2007. 1835 ; *JCP E* 2007. 1545 ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 354, p. 31 ; *RJS* 2007. 624 ; *Dr. soc.* 2007. 1153, obs. M. Véricel ; *RDT* 2007. 401, obs. E. Andreo ; *SSL* 2007, n° 1306, p. 13, note O. Gouël : « *le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ou de se joindre à l'action de ces derniers, lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause* » (nous soulignons).

¹⁰²⁵ Cass. soc., 13 juill. 2016, n° 15-14.801, *D.* 2016. 2252, obs. P. Lokiec ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 42, p. 62, note V. Orif ; *JSL* 2016, n° 417, p. 31 ; Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 19-10.626, *RJS* 2021. 22 ; *JSL* 2020, n° 509, p. 41.

¹⁰²⁶ F. RONGET, « L'action en justice du comité d'entreprise », *JCP E* 2004. 471.

¹⁰²⁷ C. proc. civ., art. 31 : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

¹⁰²⁸ C. trav., art. L. 2132-3.

dispose pas d'une action *attitrée* pour la défense d'autres intérêts que les siens¹⁰²⁹. N'ayant pas *qualité* pour agir, il n'a pas d'intérêt à agir pour autrui¹⁰³⁰.

138. L'hypothèse d'une qualité à agir. Pourtant, conformément à sa mission légale, le comité social et économique est chargé d'exprimer de façon permanente les intérêts des salariés de l'entreprise¹⁰³¹. Son intérêt personnel pourrait ne pas être complètement distinct de celui des salariés¹⁰³². L'intérêt défendu par le comité social et économique ne renverrait ni à la somme des intérêts individuels des salariés¹⁰³³, ni à l'intérêt collectif de la profession¹⁰³⁴, ni à l'intérêt social¹⁰³⁵, mais à un intérêt placé à un « *niveau intermédiaire* »¹⁰³⁶. Il s'agirait d'un intérêt collectif du personnel de

¹⁰²⁹ CA Paris, 17 mars 2022, n° 20/15969 : « *comme le ministère public l'a justement conclu, le comité social et économique, s'il est un lieu d'expression collective des salariés, ne peut agir en justice que pour la défense de ses intérêts propres. Il ne représente pas les intérêts collectifs des salariés. S'il appartient à l'entreprise de respecter les prérogatives du comité social et économique, notamment en lui adressant tous les documents nécessaires pour que les procédures d'information/consultation puisse régulièrement et utilement se dérouler, il n'en résulte aucunement que le comité puisse agir autrement que pour faire respecter ses droits et prérogatives. Le comité social et économique ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ou de se joindre à l'action de ces derniers lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause et que celui-ci n'a pas qualité pour représenter les intérêts individuels des salariés ni les intérêts collectifs de la profession. Le comité social et économique n'a pas davantage qualité pour intenter une action ou intervenir dans une action tendant au respect ou à l'exécution de dispositions légales ou conventionnelles* » ; CA Aix-en-Provence, 7 avr. 2022, n° 22/00785 : « *Si le comité social et économique dispose ainsi d'un droit d'information et de consultation sur les décisions intéressant la marche générale de l'entreprise, il ne peut invoquer une qualité à agir pour représenter en justice les intérêts individuels ou collectifs des salariés, cette mission étant dévolue par la loi aux organisations syndicales ; il ne peut être considéré comme disposant d'un intérêt à agir que dans le cadre d'actions en justice permettant de prévenir ou de mettre fin à des atteintes à ses prérogatives propres définies par les articles L. 2312-8 et suivants du code du travail* ».

¹⁰³⁰ C. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *D.* 1952. 85 : « *Envisagée au regard de l'action exercée au nom d'autrui, la qualité pour agir s'analyse en une détermination de compétence. Détermination qui est fonction de l'organisation des pouvoirs conférés à la personne (individu, groupement ou organe) qui agit pour le compte d'autrui* » ; Adde J. HÉRON, T. LE BARS & K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, 2019, n° 62, p. 68 et s.

¹⁰³¹ C. trav., art. L. 2312-8.

¹⁰³² M. VÉRICEL, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1153 : « *Il faut donc bien admettre que chaque fois que le comité d'entreprise agit en justice pour faire respecter ses attributions consultatives en matière de gestion de l'entreprise et de conditions de travail du personnel, il y a confusion complète entre la défense de ses intérêts propres et de ceux des salariés* ».

¹⁰³³ Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, *Bull. civ. V*, n° 51 ; *JCP S* 2007. 1943, note R. Vatinet ; *JCP G* 2007. 1835 ; *JCP E* 2007. 1545 ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 354, p. 31 ; *RJS* 2007. 624 ; *Dr. soc.* 2007. 1153, obs. M. Véricel ; *RDT* 2007. 401, obs. E. Andreo ; *SSL* 2007, n° 1306, p. 13, note O. Gouël ; Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 19-10.626, *RJS* 2021. 22 ; *JSL* 2020, n° 509, p. 41.

¹⁰³⁴ Cass. soc., 23 oct. 1985, n° 84-14.272, *Bull. civ. V*, n° 486 ; *Dr. soc.* 1987. 101, obs. J. Savatier.

¹⁰³⁵ Cass. crim., 19 juin 2002, n° 01-88.306, *Dr. ouvr.* 2002. 555, note M. Richevaux.

¹⁰³⁶ F. GAUDU, « La fraternité dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1990. 134.

l'entreprise contre les mesures de nature à affecter ses conditions d'emploi et de travail¹⁰³⁷. Selon certains auteurs, il pourrait à ce titre disposer d'une qualité, lui conférant par là un intérêt à agir¹⁰³⁸. Des juridictions du fond se font le relai de cette conception¹⁰³⁹. La jurisprudence du Conseil d'État est aussi en ce sens¹⁰⁴⁰, car elle tire de la mission légale du comité social et économique une qualité lui donnant intérêt pour agir en justice au nom des salariés¹⁰⁴¹. À la différence de la Cour de cassation¹⁰⁴², le

¹⁰³⁷ R. VATINET, « Action en justice du comité d'entreprise », note ss. Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, *JCP S* 2007. 1943 : « Pour la Cour de cassation, entre l'intérêt individuel des salariés et l'intérêt collectif de la profession défendu en justice par les organisations syndicales, il n'y a manifestement pas de niveau intermédiaire, ce qui est contestable dès lors que l'institution même du comité d'entreprise et l'ensemble des attributions économiques qui lui ont été reconnues tendent au contraire à permettre la prise en compte de l'intérêt spécifique de la collectivité du personnel d'une entreprise » (nous soulignons) ; O. GOUËL, « L'action en justice du CE toujours cantonnée à la défense de ses intérêts propres », note ss. Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, *SSL* 2007, n° 1306, p. 13 : « le comité d'entreprise n'agirait pas au nom et à la place de chaque salarié. L'action serait exercée dans l'intérêt (collectif) du personnel » (nous soulignons) ; M. VÉRICEL, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1153 : « L'intérêt que pourrait défendre en justice le comité est, bien entendu, strictement limité à l'intérêt du personnel de l'entreprise, qui ne recouvre pas l'intérêt collectif de la profession » (nous soulignons) ; Adde P. MAYNIAL & M. KELLER, « Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ? », *RDT* 2007. 428 ; G. BORENFREUND, « La fusion des instances représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608.

¹⁰³⁸ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 2012, n° 54, p. 82 : « La détermination du droit d'ester en justice du comité d'entreprise au regard de son objet légal et non plus seulement référée à l'atteinte portée à ses prérogatives légales, pourrait ouvrir l'action en justice du comité d'entreprise dans les litiges relatifs à la société commerciale » ; A. LYON-CAEN, obs. ss. Cass. soc., 18 mars 1997, n° 93-43.989, *D.* 1998. 256 : « On veut croire qu'avec ce texte [article L. 2312-8 du Code du travail], (...) le comité d'entreprise est devenu, à l'instar d'une organisation syndicale, un organe d'expression d'un intérêt collectif, apte, comme tel, à le défendre en justice » ; P. HENRIOT, « Vers une conception plus libérale de la qualité pour agir du comité d'entreprise », note ss. CA Paris, 19 juin 2008, n° 07/08646, *LPA* 2008, n° 198, p. 6 ; A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel », *Dr. ouvr.* 1986. 355 : « Le syndicat n'est pas seul à pouvoir invoquer l'intérêt collectif pour élever une contestation en justice ; le comité dispose d'une semblable puissance ».

¹⁰³⁹ CA Paris, 10 nov. 2005, n° 04/10978, *SSL* 2005, n° 1241, p. 12 ; CA Aix-en-Provence, 8 déc. 2005, n° 05/07817 ; CA Paris, 19 juin 2008, n° 07/08646, *LPA* 2008, n° 198, p. 6, note P. Henriot ; CA Paris, 18 déc. 2008, n° 07/10033, *Dr. ouvr.* 2009. 447.

¹⁰⁴⁰ CE, 9 mars 2021, n° 433214, *Rec. Lebon* ; *JCP G* 2021. 592, note C. Jonath & E. Friedel ; *Procédures* 2021. 139, note A. Bugada ; *JCP S* 2021. 1095, note F. Duquesne ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 30, p. 75, note M. Doithier ; *BJS* 2021, n° 5, p. 11, note F. Aubonnet & R. Svara ; *LPA* 2021, n° 101, p. 8, note P. Arhel ; *RJS* 2021. 317 ; *RJDA* 2021. 426 ; *SSL* 2021, n° 1953, p. 9, note C. Jonath & E. Friedel ; *AJDA* 2006. 534.

¹⁰⁴¹ CE, 3 mars 2006, n° 287960, *Rec. Lebon* ; *RJS* 2006. 856 ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 271, p. 22 ; *JCP S* 2006. 1490, note R. Vatinet ; *AJDA* 2006. 519 ; *SSL* 2006, n° 1276, p. 73, note O. Levannier-Gouël : « Considérant qu'un comité central d'entreprise a qualité pour déférer au juge de l'excès de pouvoir, notamment, les mesures qui sont de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel de l'entreprise » ; CE, 22 déc. 1982, n° 34252, *Rec. Lebon* ; *Dr. soc.* 1983. 676 ; *AJDA* 1983. 172, obs. B. Lasserre & J.-M. Delarue ; *D.* 1983. 277, obs. P. Devolvé & M. Durupty ; CE, 4 janv. 1985, n° 20412 ; CE, 3 mars 1993, n° 132993, *Rec. Lebon* ; *AJDA* 1993. 199, concl. R. Schwartz.

¹⁰⁴² Cass. soc., 29 sept. 2021, n° 19-23.342, *RJS* 2021. 663 ; *SSL* 2021, n° 1971, p. 19.

Conseil d'État admet la qualité à agir du comité social et économique devant les juridictions administratives en dehors de toute disposition légale l'habilitant¹⁰⁴³. Il accorde notamment au comité social et économique le droit de saisir le juge administratif relativement à la décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi¹⁰⁴⁴. Critiquable d'un point de vue technique¹⁰⁴⁵, cette expansion du rôle du comité social et économique devrait être encouragée¹⁰⁴⁶, à charge pour la loi de lui attribuer expressément une qualité pour agir et défendre l'intérêt collectif du

¹⁰⁴³ M. VÉRICEL, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1153 : « Pour le Conseil d'État, on doit déduire des dispositions de l'article [L. 2312-8 du Code du travail] la capacité du comité d'entreprise à agir en justice pour y défendre les intérêts des salariés, chaque fois, au moins, que la mesure affecte les conditions d'emploi et de travail des personnels » ; F. GUIOMARD, « L'action en justice des syndicats dans l'entreprise : "vieille lune", toujours actuelle ? », *Dr. soc.* 2020. 130 : « L'habilitation de nouveaux acteurs chargés de la défense d'intérêts collectifs tels que les institutions élues ou des associations met en question l'exclusivité dont avait bénéficié pendant longtemps le syndicat » (nous soulignons).

¹⁰⁴⁴ CE, 22 juill. 2015, n° 385816, *Rec. Lebon* ; *RDT* 2015. 514, concl. G. Dumortier ; *RDT* 2015. 528, obs. F. Géa ; *AJDA* 2015. 1632 ; *JCP S* 2015. 1346, note J. Martinez & J.-J. Giudicelli ; *Cah. soc.* 2015, n° 277, p. 412, note A. Casado ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 246, p. 30 ; *RJS* 2015. 630 ; *SSL* 2015, n° 1690, p. 6, note G. Dumortier ; *Adde Instr.* DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juill. 2013, Fiche n° 3, pt. 2.2.

¹⁰⁴⁵ V. ORIF, « L'absence d'identité de parties en raison du défaut de qualité à agir du comité d'entreprise », note ss. *Cass. soc.*, 13 juill. 2016, n° 15-14.801, *Gaz. Pal.* 2016, n° 42, p. 62 : « Bien que séduisante, cette analyse est critiquable car ce texte [article L. 2312-8 du Code du travail] ne confère pas directement au comité d'entreprise une habilitation législative pour défendre les intérêts des salariés » ; *Comp.* F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, n° 282, p. 326 : « Cet élargissement de la recevabilité de l'action du comité devant les juridictions administratives, qui contraste nettement avec la jurisprudence de la Cour de cassation, ne paraît pas contraire à la conception de l'objet légal de cette institution ».

¹⁰⁴⁶ O. GOUËL, « L'action en justice du CE toujours cantonnée à la défense de ses intérêts propres », note ss. *Cass. soc.*, 14 mars 2007, n° 06-41.647, *SSL* 2007, n° 1306, p. 13 : « Il nous semble que les solutions de la jurisprudence administrative pourraient être "transposées" chaque fois que le contentieux initié par le comité d'entreprise présenterait les mêmes caractéristiques que le contentieux de l'excès de pouvoir » ; *Comp.* P. MAYNIAL & M. KELLER, « Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ? », *RDT* 2007. 428 : « On pourrait concevoir d'élargir l'aptitude du comité d'entreprise à saisir le juge, ainsi que cela a été admis par le juge administratif. On sait par exemple que, pour le Conseil d'État, un comité d'entreprise a un intérêt suffisant pour déférer au juge de l'excès de pouvoir des mesures qui sont de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel de l'entreprise. L'alignement de la jurisprudence judiciaire sur la jurisprudence administrative serait pourtant hasardeux parce qu'il méconnaîtrait la spécificité de la relation entre la puissance publique, les établissements publics et leurs personnels. En effet, la contestation vise le plus souvent des décisions de l'autorité de tutelle prises en l'absence de toute concertation, de sorte que la situation est assez proche de celle dans laquelle le comité d'une entreprise privée verrait méconnaître ses attributions par une absence de consultation prescrite par la loi ».

personnel de l'entreprise¹⁰⁴⁷. Une intervention du législateur serait souhaitable¹⁰⁴⁸. À défaut d'un texte exprès, le comité social et économique ne devrait pas pouvoir agir¹⁰⁴⁹. Or, sans cette habilitation légale conférant un prolongement judiciaire à sa mission, sa participation pourrait n'être qu'un vœu pieu¹⁰⁵⁰.

139. Conclusion de paragraphe. L'action en suspension du projet décisionnel de l'employeur initié au mépris des attributions du comité social et économique est vivace. Elle lui assure, momentanément, le respect de ses attributions. La sanction de la suspension du projet décisionnel demeure toutefois limitée. Si elle permet d'interrompre le cours du processus décisionnel, elle ne permet ni de l'empêcher, ni d'en contester le bien-fondé. Cette limite tient à l'absence de qualité du comité social

¹⁰⁴⁷ C. proc. civ., art. 31 : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé » (nous soulignons).

¹⁰⁴⁸ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, n° 283, p. 328 : « Toute intervention claire du législateur sur cette question serait néanmoins souhaitable, puisque, en principe, l'action en défense d'un intérêt autre que personnel ne peut résulter que d'un texte exprès » ; V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 60, p. 54 : « Il apparaît incohérent que le comité d'entreprise, en charge de l'expression collective des salariés et de la prise en compte permanente de leurs intérêts ne puisse, selon le droit judiciaire privé, agir en leur nom. À défaut d'une évolution de la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation (...), une intervention du législateur apparaît donc souhaitable. Elle permettrait la reconnaissance d'une action fondée sur l'objet même du comité qui répondrait parfaitement à sa mission de contrôle des décisions de l'employeur en matière économique ».

¹⁰⁴⁹ E. ANDREO, « Le comité d'entreprise n'est pas recevable à contester l'application de l'article L. 122-12 », obs. ss. Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, RDT 2007. 401 ; V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 51, p. 47 : « Seul un texte habilitant le comité d'entreprise à agir peut donc autoriser l'institution élue à assurer la défense d'un intérêt qui ne lui est pas personnel, tels les intérêts collectifs » ; G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 152, p. 175 : « Dans le silence de la loi, les représentants du personnel ne peuvent prétendre défendre en justice les intérêts des salariés de l'entreprise » ; Comp. M. VÉRICEL, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1153, l'auteur estimant que certains textes spéciaux pourraient inciter la Cour de cassation à déduire une règle plus générale sur le pouvoir d'ester en justice du comité social et économique.

¹⁰⁵⁰ P. HENRIOT, « Vers une conception plus libérale de la qualité pour agir du comité d'entreprise », note ss. CA Paris, 19 juin 2008, n° 07/08646, LPA 2008, n° 198, p. 6 : « l'expression collective que le comité est chargé d'assurer doit permettre "la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise". Or il est assez clair que la prise en compte effective de cette expression, à l'initiative de l'un des organes qui est chargé de la promouvoir, est condamnée à rester un vœu pieu tant que ce même organe n'aura pas accès au juge pour faire arbitrer entre sa conception et celle de l'employeur de l'intérêt des salariés. Il n'est donc pas excessif ou aventureux de considérer qu'en confiant cette mission au comité d'entreprise, le législateur a également voulu qu'elle puisse avoir un prolongement judiciaire ».

et économique pour tenter une action en justice au nom de l'intérêt collectif des salariés de l'entreprise. À l'appui d'arguments techniques, cette qualité pourrait lui être reconnue.

§2. L'allocation de dommages-intérêts

140. Lorsque la procédure d'information-consultation du comité social et économique s'est déroulée au mépris de ses attributions, l'allocation de dommages-intérêts peut être prononcée par le juge. Il s'agit de l'application du droit commun de la responsabilité civile (**I**). Cette action souffre de limites importantes (**II**).

I. Le principe

141. L'application du droit commun de la responsabilité civile. Lorsque les attributions du comité social et économique ont été méconnues, celui-ci peut agir en réparation de son préjudice¹⁰⁵¹. L'action est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, résultant de l'article 1240 du Code civil¹⁰⁵². Cette action, rare en pratique¹⁰⁵³, est l'occasion pour le comité social et économique d'obtenir des dommages-intérêts en raison du préjudice personnel qu'il a subi¹⁰⁵⁴. L'allocation de dommages-intérêts n'est possible qu'à la condition qu'initier ou reprendre la procédure

¹⁰⁵¹ Cass. soc., 26 mars 2002, n° 99-14.144, *RJS* 2002. 859.

¹⁰⁵² C. civ., art. 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

¹⁰⁵³ G. VINEY, « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *Dr. soc.* 1988. 416.

¹⁰⁵⁴ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1154, p. 846 ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1242, p. 751 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 882, p. 879 ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1302, p. 1693 : « *Le comité peut, en agissant par la voie de l'action civile ou par une action en responsabilité devant le juge civil de droit commun, obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de la méconnaissance de ses droits* ».

d'information-consultation du comité social et économique est impossible¹⁰⁵⁵. La mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle de l'employeur suppose la réunion de trois éléments¹⁰⁵⁶ : une faute, un préjudice, et un lien de causalité¹⁰⁵⁷. La faute de l'employeur consiste dans l'adoption d'une décision au mépris de l'information-consultation du comité social et économique, peu important que cette faute soit non intentionnelle¹⁰⁵⁸. Le préjudice réside dans l'impossibilité pour le comité social et économique d'exercer sa mission d'expression des intérêts des salariés dans le processus décisionnel¹⁰⁵⁹, ce qui lui cause un préjudice personnel¹⁰⁶⁰. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice résulte de la défaillance de l'employeur dans l'observance de la règle légale. La dynamique de la responsabilité civile étant classique, l'attention doit davantage porter sur la nature du préjudice subi par le comité social et économique, ce préjudice pouvant se confondre avec celui des salariés de l'entreprise.

142. La confusion des préjudices. Les salariés, comme le comité social et économique, disposent d'intérêts¹⁰⁶¹. Mais le comité social et économique est

¹⁰⁵⁵ Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-15.584, *Bull. civ. V*, n° 190 ; *RJS* 2018. 32 ; *Cah. soc.* 2018, n° 303, p. 11 ; *D.* 2018. 813, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 139, obs. M. Véricel ; *SSL* 2017, n° 1791, p. 15 ; *JCP S* 2017. 1419, note L. Cailloux-Meurice : « *l'irrégularité affectant le déroulement de la procédure d'information-consultation permet seulement aux institutions représentatives du personnel d'obtenir la suspension de la procédure, si elle n'est pas terminée, ou à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre* » (nous soulignons) ; Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-17.128, *Bull. civ. V*, n° 108 ; *Dr. soc.* 2004. 668, obs. G. Couturier ; *TPS* 2004. 189 ; *JCP G* 2004. 2198 ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 272, p. 13 ; *SSL* 2004, n° 1165, p. 12 ; *RJS* 2004. 672 ; *D.* 2004. 1283 ; Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-22.343, *Bull. civ. V*, n° 501 ; *JCP E* 1999. 13 ; *JCP G* 1999. 1018 ; *RJS* 1999. 29 ; *D.* 1998. 18 ; *Dr. soc.* 1999. 98, obs. F. Gaudu.

¹⁰⁵⁶ Q. URBAN, *Répertoire de droit du travail. Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique*, Dalloz, 2015, n° 599 : « *Pour que le comité d'entreprise puisse obtenir une indemnisation résultant du préjudice qu'il a subi du fait d'une irrégularité de procédure ou d'une absence de consultation, il doit rapporter la preuve non seulement d'une violation de la loi, mais aussi d'un préjudice moral ou affectant son patrimoine personnel ainsi que d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice* ».

¹⁰⁵⁷ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n° 532, p. 427 : « *La réunion de ces trois éléments est nécessaire à la responsabilité : chacun est donc une condition de celle-ci* ».

¹⁰⁵⁸ Cass. 2^e civ., 26 mars 2015, n° 14-11.620, *Bull. civ. I*, n° 72 : « *la faute civile ne requiert pas d'élément intentionnel* ».

¹⁰⁵⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.563, p. 786 : « *le préjudice indemnisable ne tient pas à la réalisation du projet mais à la privation, par la faute de l'employeur, de l'exercice de ses prérogatives par le comité social et économique* ».

¹⁰⁶⁰ P. LOKIEC, « *La consultation en quête d'utilité* », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17.

¹⁰⁶¹ A. LYON-CAEN, « *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel* », *Dr. ouvr.* 1986. 355.

un « *organe à destination des salariés* »¹⁰⁶². Son objet est la représentation et l'expression des intérêts des salariés¹⁰⁶³. L'intérêt collectif des salariés et l'intérêt personnel du comité social et économique entrent parfois « *en résonance* »¹⁰⁶⁴, au point de se confondre¹⁰⁶⁵. Privés de l'expression de leurs intérêts par le comité social et économique dans le processus décisionnel, les salariés subissent un préjudice¹⁰⁶⁶. L'illustration topique demeure celle de l'absence de représentation lorsque celle-ci est légalement obligatoire¹⁰⁶⁷. La Cour de cassation considère que l'employeur qui n'a pas accompli les diligences nécessaires à la mise en place du comité social et économique « *commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité*

¹⁰⁶² A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 416, p. 374.

¹⁰⁶³ F. GUIOMARD, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *RDT* 2014. 568 : « *L'action en justice par laquelle un comité d'entreprise fait respecter l'exercice de ses prérogatives permet indéniablement de défendre certains intérêts collectifs des salariés* » ; M. VÉRICEL, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1153 : « *Au surplus, il apparaît bien difficile de distinguer entre l'intérêt propre du comité qui englobe notamment la défense de ses compétences consultatives, et l'intérêt des salariés de l'entreprise, dans la mesure où ces compétences sont précisément accordées à cette institution pour lui permettre de faire valoir les intérêts des salariés* ».

¹⁰⁶⁴ V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 62, p. 55 : « *Lorsque l'intérêt de la collectivité est en jeu, le comité d'entreprise ne peut agir en justice qu'en démontrant qu'il existe un intérêt qui lui est propre. Il n'en reste pas moins que les intérêts personnels du comité d'entreprise entrent parfois en résonance avec les intérêts des salariés* » ; G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 149, p. 170 : « *Les intérêts propres des représentants du personnel et des instances collégiales de représentation entrent cependant parfois en résonance avec les intérêts des salariés* ».

¹⁰⁶⁵ P. HENRIOT, « Vers une conception plus libérale de la qualité pour agir du comité d'entreprise », note ss. CA Paris, 19 juin 2008, n° 07/08646, *LPA* 2008, n° 198, p. 6 ; M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006. 861 : « *En effet, si le comité d'entreprise est titulaire du droit d'expression collective, les droits appelés à être pris en compte dans la décision de gestion, sont ceux des salariés* » ; M. VÉRICEL, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1153 : « *chaque fois que le comité d'entreprise agit en justice pour faire respecter ses attributions consultatives en matière de gestion de l'entreprise et de conditions de travail du personnel, il y a confusion complète entre la défense de ses intérêts propres et de ceux des salariés* ».

¹⁰⁶⁶ *Rappr.* A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 416, p. 373.

¹⁰⁶⁷ Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852, *Bull. civ. V*, n° 108 ; *D.* 2012. 2622, obs. J. Porta ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 160, p. 27 ; *RJS* 2011. 714 ; *JCP S* 2011. 1419, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2011. 1493 ; *JCP G* 2011. 694 ; *SSL* 2011, n° 1493, p. 15 ; Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 19-12.775, *Bull. civ. V* ; *Dr. soc.* 2021. 187, obs. P. Adam ; *D.* 2021. 1152, obs. Y. Ferkane ; *RJS* 2021. 28 ; *JCP S* 2020. 3094, note J.-Y. Kerbourc'h ; *BJT* 2020, n° 12, p. 36, note G. François ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 42, p. 43 ; *SSL* 2020, n° 1929, p. 15.

de représentation et de défense de leurs intérêts »¹⁰⁶⁸. Or, si l'absence de mise en place du comité social et économique cause un préjudice aux salariés, privés de la possibilité de voir exprimer leurs intérêts, le défaut d'information-consultation ou son irrégularité, leur cause un préjudice dans les mêmes termes¹⁰⁶⁹ : une représentation dysfonctionnelle équivaut à son absence.

143. L'identification du préjudice. La difficulté tient à l'identification du préjudice, car l'avis remis par le comité social et économique n'est que consultatif¹⁰⁷⁰. Il est délicat de déterminer si l'expression des intérêts des salariés par le comité social et économique aurait pu permettre d'amender le projet décisionnel ou de faire renoncer l'employeur à celui-ci¹⁰⁷¹. Seule la perte de chance d'avoir ses intérêts exprimés dans le processus décisionnel pourrait être réparée¹⁰⁷². La Cour de cassation admet, dans l'hypothèse de dispositions spéciales relatives au licenciement collectif pour motif

¹⁰⁶⁸ Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392, *Bull. civ. V* ; *Dr. soc.* 2019. 88, obs. J. Mouly ; *RDT* 2018. 862, obs. V. Ilieva ; *D.* 2019. 963, obs. P. Lokiec ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 39, p. 35 ; *BJT* 2018, n° 3, p. 170, note J. Icard ; *RJS* 2018. 730 ; *JCP S* 2018. 1394, note G. François ; *JCP E* 2018. 839 ; *SSL* 2018, n° 1834, p. 15 ; Cass. soc., 15 mai 2019, n° 17-22.224, *RJS* 2019. 445 ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 31, p. 47, note S. Sereno ; Cass. soc., 8 janv. 2020, n° 18-20.591 ; Cass. soc., 27 janv. 2021, n° 19-15.954 : « *l'employeur qui n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts* ».

¹⁰⁶⁹ R. VATINET, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 120, spéc. p. 138 : « *Tous les salariés de l'entreprise n'ont-ils pas à souffrir du même préjudice non seulement en l'absence de mise en place du comité d'entreprise mais aussi chaque fois que les droits consultatifs de celui-ci sont méconnus préalablement à l'adoption de décisions qui intéressent l'ensemble du personnel ?* ».

¹⁰⁷⁰ P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17.

¹⁰⁷¹ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *il n'est point certain que si le comité avait été consulté, son avis aurait provoqué une décision différente ; (...) il peut être concevable que le comité d'entreprise aurait pu donner un avis favorable à la décision finalement adoptée, en sorte que seul est à réparer le préjudice moral résultant de l'atteinte de principe aux droits du comité* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.563, p. 786 ; *Rappr. J. SAVATIER*, « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1987. 101 : « *En pratique, la sanction civile de l'obligation de consultation du comité d'entreprise n'a donc qu'une portée limitée, car il est difficile au comité d'établir qu'il a éprouvé un préjudice matériel sérieux du fait de l'absence de consultation. Le respect de cette formalité n'aurait peut-être pas en effet modifié la décision du chef d'entreprise* ».

¹⁰⁷² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n° 556, p. 444 : « *La notion de perte d'une chance a pour objet en principe d'évaluer un dommage dont l'existence ou l'étendue est incertaine, mais qui est certainement imputable à la faute du responsable* » ; P. MALAURIE, L. AYNÈS & P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 158, p. 148 ; *Rappr. Cass. soc.*, 13 nov. 2008, n° 07-44.874.

économique¹⁰⁷³, la réparation du préjudice des salariés en cas d'absence d'information-consultation du comité social et économique¹⁰⁷⁴. L'irrégularité de l'information-consultation peut aussi donner lieu à réparation du préjudice subi par les salariés¹⁰⁷⁵.

144. L'endiguement d'une instrumentalisation de la responsabilité civile. Excepté en application de ces dispositions spéciales¹⁰⁷⁶, la Cour de cassation opère un cloisonnement entre l'action du comité social et économique et celle des salariés. Elle estime que le défaut de consultation du comité social et économique « *n'est pas susceptible d'entraîner un préjudice personnel et direct pour les salariés de l'entreprise* »¹⁰⁷⁷. Sinon, des actions massives seraient ouvertes au profit des salariés de l'entreprise chaque fois que la consultation du comité social et économique sur un projet décisionnel de l'employeur ferait défaut¹⁰⁷⁸. La Cour de cassation souhaite éviter une « *instrumentalisation de la responsabilité civile* »¹⁰⁷⁹, même si la justification technique peine à convaincre.

¹⁰⁷³ Y. PAGNERRE, *JurisClasseur Sociétés Traité. Comités d'entreprise - Attributions du comité d'entreprise : règles générales*, Fasc. 34-22, LexisNexis, 2018, n° 106.

¹⁰⁷⁴ C. trav., art. L. 1235-15.

¹⁰⁷⁵ Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 06-40.267, *RJS* 2007. 828 ; Cass. soc., 23 avr. 2013, n° 12-15.221, *Bull. civ. V*, n° 108 ; *D.* 2013. 1143 ; *RDT* 2013. 485, obs. M. Kocher ; *JCP S* 2013. 1399, note A. Martinon ; *JCP G* 2013. 565 ; *Cah. soc.* 2013, n° 253, p. 219, note J. Icard ; *RJS* 2013. 523 ; *SSL* 2013, n° 1586, p. 15 ; Cass. soc., 6 juill. 1994, n° 92-43.656 ; C. trav., art. L. 1235-12 : « *En cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, le juge accorde au salarié compris dans un licenciement collectif pour motif économique une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi* ».

¹⁰⁷⁶ Cass. soc., 14 juin 2017, n° 16-16.001, *RJS* 2017. 665 ; *SSL* 2017, n° 1775, p. 15.

¹⁰⁷⁷ Cass. crim., 3 déc. 1996, n° 95-84.647, *Bull. crim.*, n° 441 ; *D.* 1997. 54 ; *JCP G* 1997. 721 : « *Attendu que le défaut de réunion et de consultation du comité d'entreprise (...), de nature à porter atteinte aux seuls droits et attributions de cet organisme, n'est pas susceptible d'entraîner un préjudice personnel et direct pour les salariés de l'entreprise* » ; *Rappr. Cass. crim.*, 16 oct. 1997, n° 96-86.231, *Bull. crim.*, n° 341 ; *D.* 1997. 259 ; *RTD com.* 1998. 426, obs. B. Bouloc ; *RJS* 1998. 486 ; *SSL* 1998, n° 875, p. 12 ; Cass. crim., 17 oct. 2017, n° 16-84.541, *RJS* 2017. 798 ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 3, p. 44, note S. Detraz.

¹⁰⁷⁸ R. VATINET, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 120, spéc. p. 138 : « *faudra-t-il bientôt indemniser l'ensemble des salariés de l'entreprise, voire du groupe, en sus de l'indemnisation susceptible d'être demandée par le comité d'entreprise lui-même (...)* ? ».

¹⁰⁷⁹ R. VATINET, « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 120, spéc. p. 138.

II. Les limites

145. Une sanction sans rapport avec le préjudice subi. L'action en réparation du préjudice subi par le comité social et économique lors d'un défaut ou d'une irrégularité de l'information-consultation reste limitée¹⁰⁸⁰. Elle est sans rapport avec le préjudice subi : le défaut d'expression des intérêts des salariés avant l'adoption de la décision. La réparation par remise en l'état antérieur est impossible¹⁰⁸¹. C'est ce qui explique le « désintérêt »¹⁰⁸² du comité social et économique pour cette action¹⁰⁸³. Elle ne rétablit pas le comité social et économique dans ses droits, pas plus qu'elle ne renforce l'effectivité des obligations d'information-consultation à la charge de l'employeur¹⁰⁸⁴. L'allocation de dommages-intérêts est une sanction de faible intensité et présente pour inconvénient majeur de placer le comité social et économique devant le « fait accompli »¹⁰⁸⁵. Elle intervient tardivement¹⁰⁸⁶ et procède d'une seule logique indemnitaire sans conséquences sur la décision et sur la participation du comité social et économique¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁰ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.563, p. 786.

¹⁰⁸¹ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 600, p. 406 : « La décision étant mise en œuvre, le processus décisionnel est achevé : reprendre la procédure de consultation n'a plus de sens. La procédure a perdu son objet » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.563, p. 786.

¹⁰⁸² F. SÈBE, *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme*, LexisNexis, 2014, n° 816, p. 296.

¹⁰⁸³ G. VINEY, « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *Dr. soc.* 1988. 416.

¹⁰⁸⁴ F. SÈBE, *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme*, LexisNexis, 2014, n° 816, p. 296.

¹⁰⁸⁵ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « L'action en responsabilité, comme la sanction pénale elle-même, présentent toutes deux le grave inconvénient de placer le comité devant le fait accompli, en sorte qu'il n'est plus désormais question que d'exemplarité d'une condamnation pénale ou civile fixant la conduite à tenir par le prévenu actuel ou par ceux de ses confrères tentés de commettre la même erreur ».

¹⁰⁸⁶ D. BOULMIER, « Négociation et consultation : à violation du temps utile, sanction utile », *JSL* 2001, n° 75, p. 4 : « la sanction pécuniaire a le défaut d'intervenir une fois que tout est consommé, alors que le but de la sanction devrait être de préserver les droits reconnus aux institutions représentatives, et par-là même au collectif ».

¹⁰⁸⁷ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 569, p. 385 : « la logique qui prédomine est indemnitaire et n'emporte aucune conséquence sur le projet soumis à la compétence du comité d'entreprise ».

146. Conclusion de paragraphe. L'action en réparation du préjudice subi par le comité social et économique en raison de la violation de ses attributions est classique. Cette sanction, tant par sa tardiveté que par sa nature, ne permet pas d'assurer ou de restaurer la participation du comité social et économique. Étendre le principe de l'action en réparation du préjudice aux salariés de l'entreprise, en cas de défaut ou d'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique, permettrait de renforcer son intensité et sa force dissuasive, eu égard aux incidences décuplées de la violation des attributions du comité.

147. Conclusion de section. Les sanctions civiles applicables en cas de violation des attributions du comité social et économique que sont la suspension judiciaire du projet décisionnel de l'employeur et l'allocation de dommages-intérêts, apparaissent insuffisantes à assurer sa participation aux décisions économiques de l'entreprise. Dans le premier cas, le comité social et économique peut retarder le projet décisionnel, mais ne peut l'empêcher. Dans le second, la logique indemnitaire de la réparation du préjudice subi par le comité social et économique n'a aucune incidence sur sa participation. D'autres sanctions civiles méritent d'être explorées.

Section 2. Les sanctions civiles potentielles

148. L'insuffisance des sanctions civiles de l'information-consultation du comité social et économique invite à l'exploration d'autres sanctions. La sanction de l'inopposabilité aux salariés de la décision prise en violation des attributions du comité social et économique doit être envisagée (§1), avant celle de la nullité (§2).

§1. L'inadaptation de la sanction d'inopposabilité

149. La sanction de l'inopposabilité aux salariés d'une décision de l'employeur adoptée au mépris de l'information-consultation du comité social et économique n'est pas nouvelle, mais son application jurisprudentielle est confuse (I). Sa systématisation est délicate (II).

I. Une application jurisprudentielle confuse

150. L'inopposabilité : notion et application. Au sens commun, l'inopposabilité est le caractère d'un acte qui est inopposable¹⁰⁸⁸, c'est-à-dire un acte qui ne produit pas d'effet juridique à l'égard des tiers¹⁰⁸⁹. L'inopposabilité est la qualité d'un acte dont un tiers peut écarter les effets, bien qu'il soit valable pour tout autre¹⁰⁹⁰. Le sens juridique de l'inopposabilité n'est pas différent de son sens commun¹⁰⁹¹. L'inopposabilité se distingue de la nullité, laquelle affecte l'acte lui-même, et pas seulement ses effets¹⁰⁹². La distinction entre l'inopposabilité et la nullité invite à saisir l'articulation entre la validité d'un acte et son efficacité juridique¹⁰⁹³. Un acte peut être valide, mais inefficace¹⁰⁹⁴ - et inversement¹⁰⁹⁵. Une décision de l'employeur faisant fi de l'information-consultation du comité social et économique pourrait être juridiquement valide, mais ses effets pourraient être paralysés¹⁰⁹⁶. Privés d'une expression collective

¹⁰⁸⁸ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Inopposabilité*.

¹⁰⁸⁹ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Inopposable*.

¹⁰⁹⁰ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Inopposabilité* : « *Impossibilité de faire valoir, à l'égard d'un tiers, un droit ou un moyen de défense ; qualité d'un acte dont un tiers peut écarter les effets, bien qu'il soit valable pour tout autre* ».

¹⁰⁹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Inopposabilité* : « *Inefficience d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets* » ; C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n° 2978, p. 545 : « *Se dit d'un acte ou d'un droit valable qui ne peut être opposé à des tiers parce qu'il est affecté d'une lacune lui interdisant de faire totalement valoir ses effets* ».

¹⁰⁹² P. MALAURIE, L. AYNÈS & P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 401, p. 371 : « *L'inopposabilité est l'inefficacité d'un acte ou d'un droit à l'égard des tiers. Elle se distingue de la nullité par ses causes et surtout ses effets* » ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n° 204, p. 188 ; TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Inopposable* : « *Se dit d'un acte, d'un droit ou d'un moyen de défense qui, sans être nul, ne peut être opposé à quelqu'un, dont les effets peuvent être écartés* » (nous soulignons).

¹⁰⁹³ D. SADI, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare & Martin, 2015, n° 85, p. 134.

¹⁰⁹⁴ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 446, p. 303 : « *la question de l'efficacité d'un acte ne se résorberait pas toujours dans celle de sa validité* ».

¹⁰⁹⁵ C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, LGDJ, 2020.

¹⁰⁹⁶ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 450, p. 305 : « *lorsque l'opération en cause est d'ordre privé, le juge des référés pourrait paralyser les décisions prises en application de l'opération patrimoniale d'ordre privé ; décisions dont les effets resteraient cantonnés dans le domaine du droit du travail (...). S'il est vrai que l'accès à la vie juridique de l'opération elle-même n'est pas conditionné par la consultation du comité d'entreprise, les décisions qu'elle engendre nécessairement dans le cadre de l'entreprise pourraient, et devraient, elles, se voir frappées d'inefficacité juridique* ».

de leurs intérêts avant l'adoption de la décision, les salariés ne pourraient se la voir opposer¹⁰⁹⁷.

151. L'admission jurisprudentielle explicite de l'inopposabilité. La Cour de cassation se montre traditionnellement réticente à l'inopposabilité des décisions prises en violation des attributions du comité social et économique¹⁰⁹⁸. Certaines solutions jurisprudentielles exceptionnelles jettent pourtant le trouble¹⁰⁹⁹. De longue date, la jurisprudence retient notamment l'inopposabilité du règlement intérieur de l'entreprise lorsque l'information-consultation du comité social et économique fait défaut¹¹⁰⁰. Cette solution pourrait s'expliquer par la rédaction de l'article L. 1321-4 du Code du travail¹¹⁰¹, lequel subordonne l'*introduction* du règlement intérieur à la consultation du

¹⁰⁹⁷ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise à l'heure du changement », *Dr. soc.* 1982. 299 : « L'inefficacité d'une décision soustraite au contrôle n'implique certainement pas que la décision est prise conjointement par les dirigeants et les travailleurs. Elle traduit une idée plus simple : les travailleurs ne peuvent subir les conséquences d'une décision économique sans avoir pu user de leur capacité d'influence. C'est bien cette idée que dicte la reconnaissance, au profit des travailleurs, d'intérêts propres juridiquement protégés » ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1148, p. 843 : « Même si ces actes sont réguliers à l'égard des partenaires économiques de l'employeur (...), ils sont irréguliers au regard des intérêts du personnel protégés par la législation du travail. Plusieurs retombées sociales des décisions économiques irrégulières seraient ainsi inapplicables aux salariés ».

¹⁰⁹⁸ Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-15.584, *Bull. civ. V*, n° 190 ; *RJS* 2018. 32 ; *Cah. soc.* 2018, n° 303, p. 11 ; *D.* 2018. 813, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 139, obs. M. Véricel ; *SSL* 2017, n° 1791, p. 15 ; *JCP S* 2017. 1419, note L. Cailloux-Meurice ; Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 17-31.274, *Bull. civ. V* ; *JCP S* 2019. 1310, note M. Morand ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 42, p. 49, note H. de Brier ; *BJT* 2019, n° 12, p. 20, note G. Auzero ; *RJS* 2019. 699 ; *D.* 2019. 1843 ; Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Bull. civ. V*, n° 219 ; *Dr. soc.* 1998. 579, rapp. J.-Y. Frouin ; *D.* 1998. 608, obs. G. Auzero ; *RJS* 1998. 435, note M. Cohen ; *Dr. ouvr.* 1998. 350, note D. Boulmier ; *SSL* 1998, n° 893, p. 6, note B. Boubli ; *JCP E* 1998. 1407, note T. Aubert-Monpeyssen ; *TPS* 1998. 3, note B. Teyssié.

¹⁰⁹⁹ C. WOLMARK, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : attributions générales en matière économique (entreprises de 50 salariés et plus)*, Dalloz, 2020, n° 310.

¹¹⁰⁰ Cass. soc., 4 juin 1969, n° 68-40.377, *Bull. civ. V*, n° 367 ; *Dr. soc.* 1969. 515, obs. J. Savatier ; *D.* 1969. 618 ; *RPDS* 1969. 16 ; *Dr. ouvr.* 1970. 340 ; Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.327, *Gaz. Pal.* 2021, n° 42, p. 33 : « Le règlement intérieur et les notes de service qui le complètent ne peuvent être opposés au salarié que si l'employeur a accompli les diligences prévues par l'article L. 1321-4 du code du travail, qui constituent des formalités substantielles protectrices de l'intérêt des salariés ».

¹¹⁰¹ C. trav., art. L. 1321-4, al. 1 : « Le règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité social et économique ».

comité social et économique¹¹⁰². La solution est similaire en matière de vidéosurveillance des salariés : elle repose sur l'ancien article L. 432-2-1 du Code du travail¹¹⁰³. À défaut d'information-consultation du comité social et économique, les enregistrements constituent un moyen de preuve illicite¹¹⁰⁴, de sorte que ce qui est capté par le dispositif est rendu inopposable aux salariés¹¹⁰⁵. La sanction de l'inopposabilité serait justifiée par l'existence de textes spéciaux relatifs à l'information-consultation du comité social et économique¹¹⁰⁶, lesquels renforceraient cette obligation au point de l'ériger en une « *formalité substantielle protectrice de l'intérêt des salariés* »¹¹⁰⁷. La justification peine pourtant à convaincre, car la disposition générale de l'article L. 2312-14 du Code du travail suffit à ériger l'information-consultation du comité social et économique en une exigence incontournable du processus décisionnel¹¹⁰⁸. Sur le fondement de cette disposition¹¹⁰⁹, la Cour de cassation a estimé, lorsque l'information-consultation du comité social et économique sur la dénonciation d'un accord collectif

¹¹⁰² Cass. soc., 9 mai 2012, n° 11-13.687, *Bull. civ. V*, n° 134 ; *RDT* 2012. 564, obs. V. Pontif ; *D.* 2012. 1340 ; *Dr. ouvr.* 2013. 26, note C. Varin ; *JCP S* 2012. 1416, note F. Bousez ; *RJS* 2012. 633 ; *SSL* 2012, n° 1541, p. 15 : « *Mais attendu que le règlement intérieur et les notes de service qui le complètent ne pouvant produire effet que si l'employeur a accompli les diligences prévues par l'article L. 1321-4 du code du travail, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur ne justifiait pas avoir préalablement consulté les représentants du personnel et communiqué le règlement à l'inspecteur du travail, en a exactement déduit, sans dénaturation, ni inversion de la charge de la preuve, qu'il ne pouvait reprocher à sa salariée un manquement aux obligations édictées par ce règlement et par une note de service* » (nous soulignons).

¹¹⁰³ C. trav., art. L. 432-2-1, al. 3, anc. : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ».

¹¹⁰⁴ Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, *Bull. civ. V*, n° 206 ; *RJS* 2006. 1143 ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 262, p. 28 ; *D.* 2006. 1704 ; *JCP E* 2006. 2172 ; *JCP G* 2006. 2477 ; *JCP S* 2006. 1614, note D. Corrignan-Carsin ; *SSL* 2006, n° 1266, p. 15 ; *Dr. ouvr.* 2006. 477, note A. de Senga.

¹¹⁰⁵ Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-11.792, *Bull. civ. V* ; *D.* 2020. 22 ; *RJS* 2020. 71 ; *JCP S* 2020. 1024, note F. Dumont ; *JCP E* 2020. 1056 ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 27, p. 68, note V. Orif ; *BJT* 2020, n° 2, p. 37 ; *SSL* 2020, n° 1891, p. 15.

¹¹⁰⁶ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 467, p. 599.

¹¹⁰⁷ Cass. soc., 4 juin 1969, n° 68-40.377, *Bull. civ. V*, n° 367 ; *Dr. soc.* 1969. 515, obs. J. Savatier ; *D.* 1969. 618 ; *RPDS* 1969. 16 ; *Dr. ouvr.* 1970. 340.

¹¹⁰⁸ C. trav., art. L. 2312-14, al. 1 : « *Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité social et économique (...)* ».

¹¹⁰⁹ C. trav., art. L. 431-5, al. 1, anc. : « *La décision de l'employeur doit être précédée de la consultation du comité d'entreprise (...)* ».

était exigée, que son absence privait d'effet cette dénonciation à l'égard des salariés¹¹¹⁰. L'inopposabilité est une sanction potentielle pour pallier le défaut ou l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique, peu important l'existence de dispositions spéciales. Pour certains auteurs, ces solutions jurisprudentielles sont justifiées par l'atteinte directe aux droits des salariés, droits qui seraient « *plus directement bafoués* »¹¹¹¹ par le défaut ou l'irrégularité de l'information-consultation du comité. L'atteinte directe aux droits des salariés justifierait d'ériger l'information-consultation du comité social et économique en une condition de validité de la décision¹¹¹². Selon un auteur, le défaut ou l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique impliquerait la *nullité* de la décision de l'employeur¹¹¹³. Cette position doctrinale doit être réfutée, car l'information-consultation du comité social et économique portant sur le règlement intérieur ou le système de

¹¹¹⁰ Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40.273, *Bull. civ. V*, n° 49 ; *RDT* 2008. 540, obs. G. Borenfreund ; *JCP E* 2008. 2214, note G. Vachet ; *JCP S* 2008. 1310, note D. Corrignan-Carsin ; *RJS* 2008. 576 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 348, p. 29 ; *D.* 2008. 855 : « *le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise ; qu'à défaut, la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité* » (nous soulignons) ; *Rappr. Cass. soc.*, 23 sept. 1992, n° 89-45.656, *Bull. civ. V*, n° 479 ; *D.* 1992. 250 ; *Dr. soc.* 1992. 926 ; *RJS* 1992. 1318 ; *JCP E* 1993. 466, note P. Pochet : « *la dénonciation d'un usage n'est opposable aux salariés concernés, qui ne peuvent alors prétendre à la poursuite du contrat aux conditions antérieures, que si cette décision a été précédée d'une information donnée aux intéressés, et aux institutions représentatives du personnel, dans un délai permettant d'éventuelles négociations* » (nous soulignons).

¹¹¹¹ H. DE BRIER, « Requalification en CDI à temps complet : ni le défaut de consultation du CE sur la durée du travail ni le recours à la pré-quantification ne suffisent », note ss. *Cass. soc.*, 18 sept. 2019, n° 17-31.274, *Gaz. Pal.* 2019, n° 42, p. 49 : « *dans ces deux derniers cas, on peut sans doute estimer que les droits du salarié étaient plus directement bafoués par le défaut de consultation du comité d'entreprise* ».

¹¹¹² V. PONTIF, « Règlement intérieur : incidence de l'absence de consultation préalable des représentants du personnel et de communication à l'inspecteur du travail », obs. ss. *Cass. soc.*, 9 mai 2012, n° 11-13.687, *RDT* 2012. 564.

¹¹¹³ J. MOULY, « Élaboration du règlement intérieur : nécessité de consulter les institutions représentatives d'un établissement distinct », obs. ss. *CE*, 20 mars 2017, n° 391226, *Dr. soc.* 2017. 571 : « *la Cour de cassation, en privant d'effet le règlement non précédé d'une telle formalité, semble pencher vers la nullité* » (nous soulignons) ; *Adde Circ. DRT* n° 5-83, 15 mars 1983, pt. 1313 : « *Conformément à la jurisprudence, un règlement qui n'a pas été soumis aux représentants du personnel est considéré comme nul et ne peut être appliqué* » (nous soulignons).

vidéosurveillance ne conditionne pas la validité de la décision de l'employeur, mais sa seule opposabilité aux salariés¹¹¹⁴. La Cour de cassation l'énonce expressément¹¹¹⁵.

152. L'admission jurisprudentielle implicite de l'inopposabilité. La sanction de l'inopposabilité intervient aussi implicitement lorsque le juge suspend l'application de la décision de l'employeur irrégulièrement soumise à l'information-consultation du comité social et économique¹¹¹⁶. La Cour de cassation reconnaît qu'une cour d'appel peut suspendre la « mise à exécution »¹¹¹⁷ ou la « mise en application »¹¹¹⁸ de la décision¹¹¹⁹. Par ce biais, la jurisprudence rend la décision inopposable en paralysant ses effets¹¹²⁰. La décision aux effets suspendus devient opposable lorsque le comité social et économique a été régulièrement informé et consulté¹¹²¹. La solution selon laquelle, lorsque l'information-consultation est achevée l'action en suspension des

¹¹¹⁴ CE, 20 mars 2017, n° 391226, *Rec. Lebon* ; *Dr. soc.* 2017. 571, obs. J. Mouly ; *AJDA* 2017. 1154 ; *RJS* 2017. 450 ; *Cah. soc.* 2017, n° 296, p. 253, note F. Canut ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 22, p. 32, note B. Seiller ; *JCP S* 2017. 1172, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2017. 303.

¹¹¹⁵ Cass. soc., 11 févr. 2015, n° 13-16.457, *Bull. civ. V*, n° 30 ; *Cah. soc.* 2015, n° 273, p. 211, note F. Canut ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 57, p. 26 ; *RJS* 2015. 255 ; *JCP S* 2015. 1148, note J.-B. Cottin ; *JCP G* 2015. 257, note D. Corrignan-Carsin ; *D.* 2015. 435 ; *RDT* 2015. 262, obs. F. Duquesne ; *SSL* 2015, n° 1666, p. 15 ; *Rappr.* Cass. soc., 4 nov. 2015, n° 14-18.573 ; *RJS* 2016. 27 ; *JCP S* 2015. 445.

¹¹¹⁶ Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.741, *Dr. ouvr.* 2008. 472, note A. Mazières ; *RJS* 2008. 690 ; *Dr. soc.* 2008. 1072, obs. J.-E. Ray ; *D.* 2011. 840 ; *SSL* 2008, n° 1354, p. 15.

¹¹¹⁷ Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19.594, *Bull. civ. V*, n° 398 ; *Dr. soc.* 2001. 212, obs. C. Radé ; *Gaz. Pal.* 2001, n° 6, p. 21 ; *RJS* 2001. 212 ; *SSL* 2001, n° 1010, p. 11.

¹¹¹⁸ Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-10.891, *Bull. civ. V*, n° 343 ; *JCP E* 2001. 2040 ; *JCP G* 2001. 3080 ; *Gaz. Pal.* 2001, n° 354, p. 21 ; *D.* 2002. 764, obs. T. Katz ; *SSL* 2001, n° 1052, p. 9 ; *RJS* 2002. 51.

¹¹¹⁹ Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-24.758.

¹¹²⁰ *Contra* C. RADÉ, obs. ss. Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19.594, *Dr. soc.* 2001. 212.

¹¹²¹ C. WOLMARK, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : attributions générales en matière économique (entreprises de 50 salariés et plus)*, Dalloz, 2020, n° 310 ; Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.741, *Dr. ouvr.* 2008. 472, note A. Mazières ; *RJS* 2008. 690 ; *Dr. soc.* 2008. 1072, obs. J.-E. Ray ; *D.* 2011. 840 ; *SSL* 2008, n° 1354, p. 15 : « Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le comité d'entreprise n'avait pas été consulté avant que l'employeur décide d'utiliser "un outil de pilotage commercial" comme moyen d'évaluation des salariés, a ainsi caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite justifiant la suspension de cette décision jusqu'à la consultation des représentants du personnel sur ce projet » (nous soulignons) ; Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40.273, *Bull. civ. V*, n° 49 ; *RDT* 2008. 540, obs. G. Borenfreund ; *JCP E* 2008. 2214, note G. Vachet ; *JCP S* 2008. 1310, note D. Corrignan-Carsin ; *RJS* 2008. 576 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 348, p. 29 ; *D.* 2008. 855 : « le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise ; qu'à défaut, la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité » (nous soulignons).

effets de la décision devient « *sans objet* »¹¹²², est chahutée. Dès lors, qu'elle soit expressément ou implicitement admise, la sanction de l'inopposabilité est délicate à manier, car la jurisprudence est changeante¹¹²³.

II. Une systématisation délicate

153. Une sanction variable. La sanction de l'inopposabilité est délicate à systématiser en raison de la variabilité de son application, laquelle serait fonction des acteurs concernés par la décision de l'employeur¹¹²⁴. Pour un auteur, la sanction de l'inopposabilité de la décision de l'employeur adoptée au mépris des attributions du comité social et économique ne s'appliquerait que lorsque la décision intéresse les salariés de l'entreprise¹¹²⁵. La proposition de directive européenne établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne était d'abord en ce sens¹¹²⁶. Il était prévu qu'en cas de violation grave par l'employeur de son obligation d'information-consultation sur certaines décisions, ces dernières « *ne produisent pas d'effets juridiques sur les contrats ou les relations de*

¹¹²² Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-30.815, *D.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec ; *RJS* 2012. 469 ; Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-15.584, *Bull. civ.* V, n° 190 ; *RJS* 2018. 32 ; *Cah. soc.* 2018, n° 303, p. 11 ; *D.* 2018. 813, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 139, obs. M. Véricel ; *SSL* 2017, n° 1791, p. 15 ; *JCP S* 2017. 1419, note L. Cailloux-Meurice : « *l'irrégularité affectant le déroulement de la procédure d'information-consultation permet seulement aux institutions représentatives du personnel d'obtenir la suspension de la procédure, si elle n'est pas terminée, ou à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre* » ; Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-17.128, *Bull. civ.* V, n° 108 ; *Dr. soc.* 2004. 668, obs. G. Couturier ; *TPS* 2004. 189 ; *JCP G* 2004. 2198 ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 272, p. 13 ; *SSL* 2004, n° 1165, p. 12 ; *RJS* 2004. 672 ; *D.* 2004. 1283 ; Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-22.343, *Bull. civ.* V, n° 501 ; *JCP E* 1999. 13 ; *JCP G* 1999. 1018 ; *RJS* 1999. 29 ; *D.* 1998. 18 ; *Dr. soc.* 1999. 98, obs. F. Gaudu.

¹¹²³ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 578, p. 392 : « *L'inopposabilité semble ainsi pouvoir être mobilisée comme sanction de la transgression de la règle de procédure. Elle demeure néanmoins rare dans les décisions des tribunaux et ne bénéficie pas d'une position tranchée et cohérente de la Cour de cassation* ».

¹¹²⁴ J. SAVATIER, « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1987. 101.

¹¹²⁵ F. PETIT, *Répertoire des sociétés. Comité social et économique*, Dalloz, 2021, n° 173 : « *Si la décision patronale intéresse uniquement la collectivité de travail, sans que des tiers à l'entreprise soient directement concernés par la mesure, le juge peut décider de la rendre inopposable aux salariés* ».

¹¹²⁶ Prop. modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, COM/2001/0296 - COD 1998/0315, *JOUE* n° 240 E, 28 août 2001, p. 0133.

travail des travailleurs affectés »¹¹²⁷. Les droits de tiers à l'entreprise mis en cause, l'inopposabilité ne pourrait s'appliquer : elle serait une sanction disproportionnée et préjudiciable¹¹²⁸. La solution vaudrait tant pour une décision unilatérale de l'employeur que pour la conclusion d'un contrat commercial¹¹²⁹. Cette position doctrinale ne trouve pourtant pas de résonance jurisprudentielle certaine. Ainsi, dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise¹¹³⁰, la Cour de cassation a validé le raisonnement d'une cour d'appel qui avait, en raison d'une irrégularité affectant l'information-consultation du comité social et économique, ordonné la suspension des effets de la décision, laquelle impliquait la réintégration de trente-sept salariés¹¹³¹. Les droits d'un tiers à l'entreprise, le cessionnaire, étaient cependant mis en cause.

154. Une nouvelle information-consultation à l'effet utile incertain. Au-delà de cette délicate systématisation¹¹³², la sanction de l'inopposabilité n'est pas de nature à

¹¹²⁷ Prop. modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 8, § 3, COM/2001/0296 - COD 1998/0315, *JOUE* n° 240 E, 28 août 2001, p. 0133 : « Les États membres prévoient que, en cas de violation grave par l'employeur des obligations d'information et de consultation sur les décisions visées à l'article 4 paragraphe 2 point c) qui auraient des conséquences directes et immédiates en termes de modification substantielle ou de rupture des contrats ou des relations de travail, ces décisions ne produisent pas d'effets juridiques sur les contrats ou les relations de travail des travailleurs affectés. La non production d'effets juridiques subsiste tant que l'employeur ne s'est pas acquitté de ses obligations ou, si ceci est devenu impossible, qu'une réparation adéquate n'a pas été établie selon les modalités et les procédures à déterminer par les États membres ».

¹¹²⁸ F. PETIT, *Répertoire des sociétés. Comité social et économique*, Dalloz, 2021, n° 174 ; J. SAVATIER, « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1987. 101 : « Les tiers qui contractent avec l'entreprise peuvent difficilement savoir si leur cocontractant a exactement rempli ses obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise. Leur sécurité exige que le comité, se plaignant de ne pas avoir été régulièrement consulté, ne puisse contester la validité de l'acte juridique auquel ils sont partie. Les prérogatives du comité d'entreprise concerne le fonctionnement interne de l'entreprise, relativement aux rapports entre le chef d'entreprise et la collectivité du personnel. Elles ne portent pas atteinte aux pouvoirs de l'employeur dans ses rapports avec les tiers ».

¹¹²⁹ Y. PAGNERRE, *JurisClasseur Sociétés Traité. Comités d'entreprise - Attributions du comité d'entreprise : règles générales*, Fasc. 34-22, LexisNexis, 2018, n° 102.

¹¹³⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. soc.* 2005. 729.

¹¹³¹ Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-20.939, *Bull. civ.* V, n° 217 ; *JCP E* 2002. 1315 ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 262, p. 13 ; *RJS* 2002. 1144 ; *SSL* 2002, n° 1083, p. 13 ; *Adde* CA Paris, 10 nov. 2005, n° 04/10978, *SSL* 2005, n° 1241, p. 12.

¹¹³² G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 134, p. 155 : « Comment rendre, par exemple, inopposable aux salariés, en raison de la non consultation des représentants du personnel, une fusion ayant fait disparaître leur ancien employeur ? ».

garantir l'effet utile de l'information-consultation du comité social et économique¹¹³³. L'effet utile de l'information-consultation du comité social et économique s'entend de la possibilité d'influer sur la décision de l'employeur¹¹³⁴. Or, l'inopposabilité de la décision paralyse ses seuls effets¹¹³⁵. La décision réputée inopposable perd ce caractère lorsque le comité social et économique est régulièrement informé et consulté¹¹³⁶. La suspension des effets de la décision n'a lieu que « *jusqu'à la consultation des représentants du personnel* »¹¹³⁷. La sanction de l'inopposabilité ne permet pas au comité social et économique d'influer sur la décision à prendre¹¹³⁸. Ordonner sa consultation sur une décision adoptée ne remet pas la situation en l'état antérieur¹¹³⁹. L'information-consultation du comité social et économique est reléguée à une « *formalité* »¹¹⁴⁰, car le processus décisionnel est déjà achevé¹¹⁴¹.

¹¹³³ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 1, § 2, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

¹¹³⁴ G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17 ; A. MARTINON, « Regards sur les avis en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 275, spéc. p. 286 : « *L'effet utile de la consultation s'appuie sur l'idée que l'avis formulé par les représentants du personnel conduira, le cas échéant, la direction à revenir sur sa décision ou à l'amender* ».

¹¹³⁵ S. GUINCHARD & T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, 2023, p. 582 : « *Caractéristique d'un acte que les tiers peuvent tenir pour inexistant et comme ne produisant aucun effet à leur égard, bien qu'il soit parfaitement valable et efficace entre les parties* ».

¹¹³⁶ E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1243, p. 751 ; C. WOLMARK, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : attributions générales en matière économique (entreprises de 50 salariés et plus)*, Dalloz, 2020, n° 310.

¹¹³⁷ Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.741, *Dr. ouvr.* 2008. 472, note A. Mazières ; *RJS* 2008. 690 ; *Dr. soc.* 2008. 1072, obs. J.-E. Ray ; *D.* 2011. 840 ; *SSL* 2008, n° 1354, p. 15 : « *Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le comité d'entreprise n'avait pas été consulté avant que l'employeur décide d'utiliser "un outil de pilotage commercial" comme moyen d'évaluation des salariés, a ainsi caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite justifiant la suspension de cette décision jusqu'à la consultation des représentants du personnel sur ce projet* » (nous soulignons).

¹¹³⁸ P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17.

¹¹³⁹ P. MORVAN, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171.

¹¹⁴⁰ Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40.273, *Bull. civ.* V, n° 49 ; *RDT* 2008. 540, obs. G. Borenfreund ; *JCP E* 2008. 2214, note G. Vachet ; *JCP S* 2008. 1310, note D. Corrignan-Carsin ; *RJS* 2008. 576 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 348, p. 29 ; *D.* 2008. 855 : « *le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise ; qu'à défaut, la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité* » (nous soulignons).

¹¹⁴¹ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 600, p. 407 : « *La décision prise en violation de la règle de procédure est certes privée d'effet à l'égard des salariés, mais ils demeurent exclus du processus décisionnel* ».

155. Conclusion de paragraphe. La sanction civile de l'inopposabilité aux salariés d'une décision prise en violation des attributions du comité social et économique est ponctuellement reconnue par la Cour de cassation, tantôt explicitement, tantôt implicitement. Sa systématisation reste toutefois difficile, car elle peut porter préjudice à des tiers à l'entreprise. Surtout, la sanction de l'inopposabilité reste insuffisante, car elle ne remet pas en cause au fond la décision frappée de cette sanction, mais seulement ses effets. La participation du comité social et économique n'en est pas améliorée. Une sanction alternative, celle de la nullité, pourrait permettre de corriger cette lacune.

§2. L'extension de la sanction de nullité

156. La nullité est une sanction civile qui atteint la validité d'un acte dont les conditions de forme ou de fond n'ont pas été respectées lors de sa formation. Cette sanction est efficace pour garantir l'exercice des attributions du comité social et économique (I). Son application reste cependant contestée (II).

I. Une sanction efficace

157. La nullité : notion et application. La nullité est le caractère de ce qui est nul¹¹⁴². En droit, elle est l'inefficacité d'un acte juridique résultant de l'absence d'une des conditions de fond ou de forme requises pour sa validité¹¹⁴³. La nullité emporte

¹¹⁴² TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Nullité* ; LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Nullité*.

¹¹⁴³ S. GUINCHARD & T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, 2023, p. 728 : « *Sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation* » ; TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Nullité* : « *Absence de validité d'un acte juridique résultant de l'absence de l'une des conditions de fond ou de forme requises* ».

« *anéantissement de l'acte* »¹¹⁴⁴, c'est-à-dire sa disparition rétroactive¹¹⁴⁵. Contrairement à l'inopposabilité, la sanction de la nullité atteint l'acte, et pas seulement ses effets¹¹⁴⁶. La décision adoptée au mépris de l'information-consultation du comité social et économique est vigoureusement atteinte par cette sanction « *énergique* »¹¹⁴⁷. La décision annulée doit à nouveau être soumise à l'information-consultation du comité social et économique¹¹⁴⁸. La sanction de la nullité érige l'information-consultation du comité social et économique en une condition de validité de la décision de l'employeur, contrairement à la philosophie qui préside aujourd'hui¹¹⁴⁹.

158. Le rejet de la sanction de la nullité par la Cour de cassation. Les conséquences attachées à la nullité expliquent la réticence de la Cour de cassation à l'admettre¹¹⁵⁰. Outre l'absence de fondement textuel lui permettant de la prononcer¹¹⁵¹, la nullité est une sanction adéquate lorsque l'information-consultation du comité social et

¹¹⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v^o *Nullité* : « *Sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte* ».

¹¹⁴⁵ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n^o 204, p. 188 : « *la nullité se définit (...) comme un anéantissement rétroactif du contrat irrégulièrement formé* » ; C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n^o 3890, p. 703 : « *Sanction aboutissant à une disparition rétroactive d'un acte* » ; P.-Y. VERKINDT, « Les nullités en droit du travail », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 206, spéc. p. 217 : « *La nullité, quelle que soit sa nature ou la théorie à laquelle on la rattache, implique par nature la rétroactivité en ce qu'elle conduit normalement à l'effacement d'un acte individuel ou collectif de la scène du droit* ».

¹¹⁴⁶ P. MALAURIE, L. AYNÈS & P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n^o 401, p. 371 ; D. SADI, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare & Martin, 2015, n^o 1, p. 23 et s.

¹¹⁴⁷ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382.

¹¹⁴⁸ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n^o 600, p. 407 : « *La nullité présente l'intérêt d'obliger l'employeur à initier un nouveau processus décisionnel dans lequel il intégrera les représentants du personnel, permettant ainsi d'assurer effectivement le principe de participation* ».

¹¹⁴⁹ P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n^o 1380, p. 17.

¹¹⁵⁰ G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n^o 123, p. 148 : « *Les juges apparaissent réticents à admettre la nullité d'une décision en raison de l'absence de consultation des représentants du personnel* » ; M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006. 861 : « *La jurisprudence s'est longtemps montrée réticente à l'admettre. Tant la nullité de la mesure de gestion économique-financière que celle de la mesure sociale* » ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n^o 1242, p. 751 : « *la nullité de la décision n'est quasiment jamais admise* ».

¹¹⁵¹ C. RADÉ, obs. ss. Cass. soc., 28 nov. 2000, n^o 98-19.594, *Dr. soc.* 2001. 212 : « *les juges se refusent à prononcer la sanction suprême (l'annulation) en l'absence de tout texte les y autorisant formellement* ».

économique est une condition de validité de la décision de l'employeur¹¹⁵². Or, elle ne l'est pas, sauf rares hypothèses¹¹⁵³. Des auteurs indiquent avec justesse que la sanction de la nullité est notamment exclue s'agissant de la signature d'un contrat commercial, car l'information-consultation du comité social et économique n'est pas une condition de validité dudit contrat¹¹⁵⁴. Au contraire, lorsque le comité social et économique est en droit de s'opposer à une décision de l'employeur, la nullité est encourue si l'information-consultation fait défaut, ou si l'employeur passe outre son opposition à la décision¹¹⁵⁵. C'est pourquoi la Cour d'appel de Paris, après avoir constaté que le comité social et économique avait manifesté son opposition à la mise en œuvre d'horaires individualisés pour laquelle son avis conforme était nécessaire¹¹⁵⁶, a déclaré les stipulations de l'accord collectif les instituant « *entachées de nullité* »¹¹⁵⁷. Hormis certains cas exceptionnels, l'absence ou l'irrégularité de l'information-consultation du

¹¹⁵² P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 889, p. 832 : « *La nullité est une sanction accessible lorsque la consultation du comité social et économique est une condition de validité de la décision patronale* ».

¹¹⁵³ V. not. C. trav., art. L. 1233-45-1, L. 2145-11, L. 3121-48, L. 3121-37, R. 4623-5 et D. 4622-2.

¹¹⁵⁴ Y. PAGNERRE, *JurisClasseur Sociétés Traité. Comités d'entreprise - Attributions du comité d'entreprise : règles générales*, Fasc. 34-22, LexisNexis, 2018, n° 102 ; P. MORVAN, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171 : « *aucune disposition légale ne sanctionne la violation des règles d'information ou de consultation des institutions représentatives du personnel par la nullité d'un acte juridique liant l'entreprise à un tiers, acte qui n'est soumis qu'aux causes de nullité du Code civil* ».

¹¹⁵⁵ J. SAVATIER, « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1987. 101 : « *On peut considérer que le droit d'opposition reconnu alors par la loi au comité d'entreprise lui permet de faire annuler la décision de l'employeur passant outre cette opposition* ».

¹¹⁵⁶ C. trav., art. L. 3121-48.

¹¹⁵⁷ CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/07481, *Cah. soc.* 2018, n° 309, p. 346, note G. Loiseau.

comité social et économique n'atteint pas la validité de la décision de l'employeur¹¹⁵⁸. La jurisprudence de la Cour de cassation est rigoureuse¹¹⁵⁹, malgré les critiques¹¹⁶⁰.

159. L'hypothèse du licenciement collectif pour motif économique. L'hypothèse spécifique du licenciement collectif pour motif économique a suscité d'avantage de controverses¹¹⁶¹. Avant la réforme de 2013¹¹⁶², la nullité du licenciement était expressément encourue en cas d'absence de plan de sauvegarde de l'emploi présenté par l'employeur au comité social et économique et intégrant des mesures de

¹¹⁵⁸ Comp. M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1151, p. 844 : « En droit commun, la sanction normale des irrégularités, des vices qui atteignent une obligation au moment de sa formation (fraude, abus de droit, etc.) est la nullité. Dès lors, les tribunaux pourraient se référer au droit commun pour sanctionner par la nullité l'irrégularité résultant du défaut de consultation préalable » ; G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « les tribunaux pourraient parfaitement prononcer la nullité, car la sanction d'un acte dont la validité est subordonnée à l'observation des formalités substantielles est la nullité ».

¹¹⁵⁹ J. SAVATIER, « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1987. 101 : « le comité d'entreprise peut agir en justice (...) pour demander réparation du préjudice que lui cause la faute de l'employeur ayant pris une décision de gestion sans respecter son obligation de le consulter. Mais il ne peut agir en nullité de cette décision et remettre en cause ses effets, tant vis-à-vis des travailleurs de l'entreprise que vis-à-vis des tiers » (nous soulignons) ; Q. URBAN, *Répertoire de droit du travail. Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique*, Dalloz, 2015, n° 594 : « la Cour de cassation a refusé d'admettre que la nullité de la décision de l'employeur pourrait être une sanction systématique de l'absence ou de l'irrégularité d'une consultation du comité d'entreprise ».

¹¹⁶⁰ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 911, p. 909 : « N'y a-t-il pas une certaine incohérence - pour ne pas dire hypocrisie - à faire de l'information-consultation du comité social et économique le principal mode d'implication des salariés dans le fonctionnement des entreprises, et à lui nier tout impact sur la validité de la délibération d'une assemblée générale ou d'un conseil d'administration ? ».

¹¹⁶¹ P. MORVAN, *JurisClasseur Travail Traité. Licenciement pour motif économique - Accompagnement social - Plan de sauvegarde de l'emploi*, Fasc. 31-3, LexisNexis, 2020, n° 101 et s. ; C. WOLMARK, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : attributions générales en matière économique (entreprises de 50 salariés et plus)*, Dalloz, 2020, n° 312 : « L'annulation de la décision de l'employeur prise sans consultation préalable du comité d'entreprise pourrait se révéler être une sanction redoutablement efficace. Mais les juridictions ont refusé d'admettre que la nullité de décision de l'employeur pourrait être une sanction de l'absence ou de l'irrégularité d'une consultation du comité, sauf dispositions législatives spéciales, notamment en matière de grands licenciements économiques ».

¹¹⁶² L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1.

reclassement interne suffisantes¹¹⁶³. La nullité du licenciement n'était pas admise en raison d'irrégularités affectant la procédure d'information-consultation du comité social et économique¹¹⁶⁴. Un arrêt de la Cour de cassation avait semé le trouble, même si la spécificité des faits empêchait d'en tirer une règle générale¹¹⁶⁵. Au cas d'espèce, l'employeur avait été sommé judiciairement de reprendre la procédure irrégulière d'information-consultation du comité social et économique avant la notification des licenciements, qu'il avait tout de même effectuée. La Cour de cassation avait estimé que la nullité était encourue¹¹⁶⁶. La procédure de licenciement collectif pour motif économique poursuivie par l'employeur malgré l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique était « *nulle et de nul effet* »¹¹⁶⁷. Contrairement aux apparences, la Cour de cassation ne sanctionnait pas l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique par la nullité, mais seul le « *passage en force* »¹¹⁶⁸ de l'employeur¹¹⁶⁹. Jusqu'à 2013, l'irrégularité de

¹¹⁶³ C. trav., art. L. 1235-10, al. 1, anc. : « *Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciements concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, la procédure de licenciement est nulle tant que le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 et s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés* » ; Cass. soc., 10 févr. 2004, n° 02-40.182, *Bull. civ. V*, n° 45, *JCP E* 2004. 547 ; *JCP G* 2004. 1710 ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 176, p. 13 ; *RJS* 2004. 399 ; *SSL* 2004, n° 1158, p. 15 ; Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-17.031, *Bull. civ. V*, n° 344 ; *TPS* 2004. 83, note J.-M. Olivier ; *D.* 2005. 111 ; *JCP G* 2005. 1274 ; *JCP E* 2005. 356, note S. Béal & A. Giroud ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 141, p. 17 ; *SSL* 2004, n° 1196, p. 15.

¹¹⁶⁴ Cass. soc., 29 avr. 1998, n° 95-44.236, *Bull. civ. V*, n° 214 ; *JCP E* 1998. 975 ; *JCP G* 1998. 2320 ; Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-22.343, *Bull. civ. V*, n° 501 ; *JCP E* 1999. 13 ; *JCP G* 1999. 1018 ; *RJS* 1999. 29 ; Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-17.031, *Bull. civ. V*, n° 344, *préc.* ; Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-45.990, *RJS* 2007. 828 ; *JCP S* 2007. 1543.

¹¹⁶⁵ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 570, p. 387 : « *La nullité a pu être reconnue par la Cour de cassation dans de rares hypothèses, sans qu'il ne soit possible et pertinent de dresser une règle générale* ».

¹¹⁶⁶ Cass. soc., 14 janv. 2003, n° 01-10.239, *Bull. civ. V*, n° 5 ; *D.* 2003. 399 ; *Dr. soc.* 2003. 344, obs. L. Milet ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 95, p. 21 ; *RJS* 2003. 334 ; *JCP E* 2003. 347 ; *JCP G* 2003. 1402 ; *SSL* 2003, n° 1107, p. 12 : « *si l'absence d'un plan social ou la nullité de celui-ci entraîne la nullité de la procédure de licenciement, la nullité est également encourue lorsque, le comité d'entreprise n'ayant pas été valablement saisi, l'irrégularité a été soulevée avant le terme de la procédure à un moment où elle pouvait encore être suspendue et reprise et que l'employeur a néanmoins notifié les licenciements* ».

¹¹⁶⁷ Cass. soc., 14 janv. 2003, n° 01-10.239, *Bull. civ. V*, n° 5, *préc.* : « *la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas discuté que le juge avait été saisi avant la notification des licenciements de l'irrégularité de la consultation du comité central d'entreprise tirée de l'absence d'ordre du jour valablement arrêté, a décidé à bon droit que la procédure de licenciement collectif pour motif économique poursuivie par l'employeur malgré cette irrégularité était nulle et de nul effet* ».

¹¹⁶⁸ P. BAILLY, « Précisions sur la sanction des irrégularités de procédure », *SSL* 2007, n° 1292, p. 12.

¹¹⁶⁹ S. BÉAL & A. FERREIRA, « Consultation préalable du comité d'entreprise : une exigence », *JCP S* 2005. 1255 : « *Si l'employeur poursuit l'exécution de sa décision en dépit de la saisine du juge avant le terme de la procédure de consultation, la Cour de cassation sanctionne l'irrégularité de la procédure de consultation par l'annulation pure et simple de tous les effets de cette exécution* » (nous soulignons).

l'information-consultation du comité social et économique n'était pas sanctionnée par la nullité du licenciement collectif pour motif économique.

160. Le regain de la nullité dans la jurisprudence administrative. La loi du 14 juin 2013¹¹⁷⁰ confie le contentieux du licenciement collectif pour motif économique au juge administratif¹¹⁷¹. Pour un auteur, la réforme réduit la possibilité de voir prononcer la sanction de la nullité de ce licenciement¹¹⁷². En subordonnant le licenciement collectif pour motif économique à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi soumis à validation ou homologation de l'administration, l'absence ou l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique devient cependant la « *voie prioritaire d'annulation* »¹¹⁷³ de ce licenciement¹¹⁷⁴. Le licenciement prononcé en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, ou alors qu'une décision négative de l'administration a été rendue, est nul¹¹⁷⁵. Si l'employeur licencie avant la décision de l'administration, le licenciement encourt aussi la nullité¹¹⁷⁶. L'administration refuse l'homologation ou la validation du plan de sauvegarde de l'emploi si l'information-consultation du comité social et économique a été irrégulièrement menée, ou qu'elle a fait défaut¹¹⁷⁷. Cette faculté de blocage du licenciement par l'administration renforce l'information-

¹¹⁷⁰ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1.

¹¹⁷¹ C. trav., art. L. 1235-7-1.

¹¹⁷² Q. URBAN, *Répertoire de droit du travail. Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique*, Dalloz, 2015, n° 596.

¹¹⁷³ F. FAVENNEC-HÉRY, « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164 : « *Le respect d'une information complète du comité d'entreprise et de son expert lui permettant "de débattre, de faire des propositions, des suggestions et de rendre un avis sur le projet" constitue l'épicentre du contrôle des juges administratifs. Une ligne de force se dégage : le contrôle de la procédure d'information et de consultation est la voie prioritaire d'annulation des décisions administratives d'homologation du PSE* ».

¹¹⁷⁴ J.-Y. KERBOURC'H, « CSE et licenciement économique : de la consultation à la cogestion », *JCP S* 2019. 1046.

¹¹⁷⁵ C. trav., art. L. 1235-10 : « *Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul. En cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 1233-61, la procédure de licenciement est nulle. Les deux premiers alinéas ne sont pas applicables aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaires* ».

¹¹⁷⁶ C. trav., art. L. 1233-39, al. 6.

¹¹⁷⁷ C. trav., art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3.

consultation du comité social et économique¹¹⁷⁸. Par son contrôle, l'administration prévient l'irrégularité de l'information-consultation, laquelle empêcherait le comité social et économique d'émettre un avis en toute connaissance de cause¹¹⁷⁹. Ce contrôle s'étend même aux expertises du comité social et économique, l'administration devant s'assurer que l'expert a pu exercer sa mission correctement¹¹⁸⁰. Lorsqu'une décision de refus de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi est prononcée par l'administration, l'employeur qui souhaite reprendre le projet devra présenter une nouvelle demande, après y avoir apporté les modifications nécessaires et informé et consulté le comité social et économique¹¹⁸¹. Le regain de la nullité dans le contentieux du licenciement collectif pour motif économique est cependant lié à l'existence de dispositions spéciales. Ces dispositions absentes, l'application de la nullité est contestée.

II. Une application contestée

161. Les interactions du droit du travail et du droit commercial. Le droit du travail et le droit commercial se regardent en chiens de faïence. Le premier défend l'intérêt des travailleurs, tandis que le second l'occulte, guidé par la promotion de l'entreprise

¹¹⁷⁸ Instr. DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juill. 2013, Fiche n° 2, pt. 3.2.3 : « Une irrégularité manifeste de procédure d'information/consultation pourrait constituer compte tenu de sa gravité une cause de non homologation du document unilatéral ».

¹¹⁷⁹ CE, 22 juill. 2015, n° 385816, *Rec. Lebon* ; *Cah. soc.* 2015, n° 277, p. 412, note A. Casado ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 246, p. 30 ; *RJS* 2015. 630 ; *RDT* 2015. 528, obs. F. Géa ; *JCP E* 2015. 646 ; *JCP S* 2015. 1346, note J. Martinez & J.-J. Giudicelli ; *SSL* 2015, n° 1690, p. 8, concl. G. Dumortier ; CE, 7 déc. 2015, n° 383856, *Rec. Lebon* ; *AJDA* 2016. 645 ; *RDT* 2016. 113, obs. C. Gilbert ; *Cah. soc.* 2016, n° 282, p. 83, note J. Icard ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 1, p. 48 ; *RJS* 2016. 119 ; *JCP E* 2015. 966 ; *JCP S* 2016. 1047, note P. Morvan ; *SSL* 2016, n° 1704, p. 6, concl. G. Dumortier.

¹¹⁸⁰ CE, 16 avr. 2021, n° 426287, *Rec. Lebon* ; *Dr. ouvr.* 2022. 18, note C. Ménard ; *AJDA* 2021. 1543 ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 20, p. 37 ; *RJS* 2021. 388 ; *JCP S* 2021. 288 ; *SSL* 2021, n° 1957, p. 9, concl. F. Dieu : « lorsque le comité d'entreprise a décidé de recourir à l'assistance d'un expert en application de ces dispositions, il appartient à l'administration de s'assurer que l'expert a pu exercer sa mission dans des conditions permettant au comité d'entreprise de disposer de tous les éléments utiles pour formuler ses deux avis en toute connaissance de cause » ; CE, 13 avr. 2018, n° 386376, *Rec. Lebon* ; CE, 31 janv. 2022, n° 435888, *Rec. Lebon* ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 6, p. 36 ; *JCP S* 2022. 86 ; *SSL* 2022, n° 1988, p. 5, concl. R. Chambon.

¹¹⁸¹ C. trav., art. L. 1233-57-7.

et de l'investissement¹¹⁸². Lorsqu'ils ne se regardent pas, le droit du travail et le droit commercial s'ignorent¹¹⁸³, car la décision commerciale est valide indépendamment de l'exécution de l'obligation d'information-consultation du comité social et économique¹¹⁸⁴. La nullité d'une décision commerciale est strictement cantonnée¹¹⁸⁵. La théorie de la nullité virtuelle est exclue¹¹⁸⁶. L'article L. 235-1 du Code de commerce dispose que la nullité d'actes ou délibérations ne peut résulter que de la violation d'une disposition du livre second du code de commerce ou des lois qui régissent les contrats¹¹⁸⁷.

162. Les nullités en droit commercial : la violation d'une disposition du livre second du Code de commerce. Il n'existe pas de disposition générale dans le code de commerce qui prévoit la nullité d'une décision commerciale pour défaut d'information-

¹¹⁸² P. MORVAN, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171 : « *Le droit du travail et le droit commercial entrent parfois en conflit : le premier défend l'intérêt des travailleurs que le second occulte dans la logique qui le guide, axée sur l'entreprise et la promotion de l'investissement* ».

¹¹⁸³ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 449, p. 576 ; G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « *Le droit commercial ignore le droit du travail et réciproquement* ».

¹¹⁸⁴ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 2012, n° 6, p. 20 : « *le droit du travail ne serait qu'un droit des conséquences des décisions sociétaires, l'appréciation de la validité de celles-ci étant renvoyée à la compétence exclusive des règles du droit des sociétés* » ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 576, p. 390 : « *Le droit des sociétés est absolument indifférent au résultat de la procédure de consultation : il habilite l'employeur à prendre des décisions indépendamment de l'exécution de cette obligation* » ; G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 118, p. 145 : « *Les différents corps de règles qui régissent l'entreprise s'ignorent mutuellement. Ces discordances normatives restreignent considérablement la portée de la consultation des représentants du personnel dans l'entreprise* ».

¹¹⁸⁵ G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 126, p. 149 : « *le régime des nullités dans le droit des sociétés commerciales est particulièrement restrictif* » ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 882, p. 879 : « *Les dispositions sur la nullité en droit des sociétés, qui excluent l'annulation d'un acte sociétaire pour des dispositions autres que celles du Code de commerce ou du droit commun des contrats, constituent un obstacle au jeu de la nullité* » ; Adde E. GUÉGAN, *Les nullités des décisions sociales*, Dalloz, 2020.

¹¹⁸⁶ D. SADI, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare & Martin, 2015, n° 208, p. 268 : « *en droit des sociétés, la règle "pas de nullités sans texte" prévaut eu égard à une disposition spécifique qui l'impose* ».

¹¹⁸⁷ C. com., art. L. 235-1, al. 2 : « *La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre, à l'exception de la première phrase du premier alinéa de l'article L. 225-35 et de la troisième phrase du premier alinéa de l'article L. 225-64, ou des lois qui régissent les contrats, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du code civil* ».

consultation du comité social et économique¹¹⁸⁸. La nullité de la décision commerciale n'est jamais encourue pour ce motif¹¹⁸⁹, compte tenu des « *dispositions autonomistes* »¹¹⁹⁰ sur la nullité en droit des sociétés¹¹⁹¹. La nullité d'une décision prise par l'employeur n'est pas une « *sanction naturelle* »¹¹⁹² de l'information-consultation irrégulière du comité social et économique¹¹⁹³.

163. Les nullités en droit commercial : la violation des lois qui régissent les contrats. S'agissant de la nullité pour violation des lois régissant les contrats, certains auteurs ont suggéré que le défaut d'information-consultation du comité social et économique traduirait un « *manquement au droit du contrat de société* »¹¹⁹⁴, ce qui

¹¹⁸⁸ M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, PUAM, 2004, n° 310, p. 205 : « aucune disposition impérative de la législation relative aux sociétés commerciales ne prévoit la nullité pour défaut de consultation » ; J. GRIMALDI D'ESDRA, *La représentation du personnel dans l'entreprise : origines, puissance et déclin. Annonce d'un pouvoir*, Thèse, Montpellier, 1993, n° 543, p. 365.

¹¹⁸⁹ B. TEYSSIÉ, « Les restructurations : le rôle du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989. 23 ; C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « en l'absence de prévision légale, la décision patronale demeurera invariablement valide, que le comité d'entreprise n'ait point été consulté ou qu'il l'ait été dans des conditions de forme irrégulières ».

¹¹⁹⁰ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 882, p. 880 : « En tout état de cause, la nullité de la décision prise par un conseil d'administration ou de la délibération d'une assemblée générale n'est pas en principe encourue du fait des dispositions autonomistes sur la nullité en droit des sociétés » ; P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17 : « la nullité de la décision sociale n'est jamais encourue du fait des dispositions autonomistes sur la nullité en droit des sociétés ».

¹¹⁹¹ J. BARTHÉLÉMY, « Turbulences en droit des sociétés et du travail », *JCP G* 1987. I. 3311 : « Même si la spécificité du droit du travail amène à concevoir autrement l'application des règles impliquant le droit des sociétés, son non-respect, s'il peut être sanctionné (pénalement du délit d'entrave) ne remet pas en cause la régularité de l'acte sous l'angle du droit des sociétés » ; G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 126, p. 151 : « il apparaît clairement que la violation des dispositions relatives à la consultation des représentants du personnel inscrite dans le Code du travail n'entraîne pas la nullité d'un acte régi par le droit des sociétés ».

¹¹⁹² P. MORVAN, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171 : « La nullité d'une décision prise par les dirigeants n'est donc pas une sanction naturelle de l'information ou de la consultation irrégulières du comité d'entreprise ».

¹¹⁹³ G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 128, p. 152 : « Le principal obstacle à l'admission de la nullité réside dans les discordances des normes qui régissent l'entreprise. Celle-ci se manifeste lorsque l'application des dispositions relatives à la consultation des représentants du personnel rencontre le droit des sociétés commerciales ».

¹¹⁹⁴ D. FABRE & D. GATUMEL, « L'information et la consultation du comité d'entreprise. Le défaut d'information ou de consultation du comité », *JCP E* 1992. 320 : « l'indiscutable avènement du comité d'entreprise en tant que partenaire économique impliqué fortement dans la vie de la société au point d'en constituer un quasi-associé ne pourrait-il suggérer que le défaut de consultation traduirait un manquement au droit du contrat de société ? ».

justifierait le prononcé de la nullité. Cette position doit être réfutée, car l'information-consultation du comité social et économique n'a pas pour fondement le contrat de société¹¹⁹⁵, ce contrat ayant pour seul objet d'organiser les relations entre les associés et la personne morale qu'ils créent¹¹⁹⁶. Selon un auteur, lorsqu'une décision commerciale emprunte aux techniques contractuelles, la nullité s'applique en cas de violation d'une règle d'ordre public, ce que serait l'information-consultation du comité social et économique, laquelle participerait d'un « *ordre public économique et social* »¹¹⁹⁷. À la vérité, la nullité résultant d'une violation « *des lois qui régissent les contrats* »¹¹⁹⁸ implique une violation du droit commun contractuel, caractérisée en présence d'une délibération entachée d'illicéité quant à son objet, son but, ou pour vice du consentement¹¹⁹⁹. La référence aux lois qui régissent les contrats ne permet pas d'envisager la nullité d'une décision commerciale pour défaut ou irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique¹²⁰⁰.

164. La nullité pour absence des représentants du personnel au conseil d'administration ou de surveillance. Depuis les origines du comité social et

¹¹⁹⁵ G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 126, p. 150 : « *S'il est question du contrat de société, il est difficile de voir en quoi le défaut de consultation des représentants du personnel vicia le consentement des parties ou encore atteint leur capacité. De surcroît, le défaut de consultation n'affecte ni l'objet ni la cause de ce contrat. La consultation n'est pas non plus une forme imposée de la conclusion ou de la modification du contrat de société puisqu'elle est une simple exigence du droit de la représentation du personnel* ».

¹¹⁹⁶ T. MASSART, *Répertoire des sociétés. Contrat de société*, Dalloz, 2006, n° 129 : « *le contrat de société apparaît d'ailleurs comme une convention complexe faisant naître deux types de relations contractuelles, entre les associés d'une part, et entre les associés et la personne morale d'autre part* ».

¹¹⁹⁷ M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, PUAM, 2004, n° 310, p. 205 : « *lorsque la restructuration est opérée par emprunt aux techniques contractuelles, la nullité peut s'appliquer en cas de violation d'une règle d'ordre public. Or, l'obligation de consulter participe précisément d'un ordre public économique et social et tout intéressé est susceptible d'agir en annulation* » ; Adde B. TEYSSIÉ, « Les restructurations : le rôle du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989. 23.

¹¹⁹⁸ C. com., art. L. 235-1, al. 2.

¹¹⁹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER & F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 35^e éd., LexisNexis, 2022, n° 714, p. 288 : « *une décision sociale est un acte juridique dont la validité suppose le respect des prescriptions du droit des contrats. La délibération est donc nulle pour illicéité de l'objet, illicéité du but ou vice du consentement* ».

¹²⁰⁰ G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 126, p. 150 : « *La référence au droit commun des contrats ne permet pas d'envisager la nullité d'un acte juridique régi par le droit des sociétés pour un défaut de consultation des représentants du personnel* ».

économique¹²⁰¹, deux de ses membres siègent au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés¹²⁰². L'impact de leur absence sur la validité de la délibération a pu interroger¹²⁰³. La Cour de cassation a d'abord tranché en faveur de la nullité de la délibération, sur le fondement de la législation du travail¹²⁰⁴. L'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a ébranlé cette position¹²⁰⁵, puisque la présence de représentants du personnel aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés ressort de la seule législation du travail et non de la législation commerciale¹²⁰⁶. La nullité en droit commercial résulte désormais du seul article L. 235-1 du Code de commerce, lequel ne prévoit pas la nullité en cas d'absence des représentants du comité social et économique aux conseils d'administration ou de

¹²⁰¹ Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, art. 3, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954 ; L. n° 46-1065 du 16 mai 1946 tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise, art. 3, *JORF* n° 0115, 17 mai 1946, p. 4251.

¹²⁰² C. trav., art. L. 2312-72, al. 1 : « *Dans les sociétés, deux membres de la délégation du personnel du comité social et économique et appartenant l'un à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas* ».

¹²⁰³ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1302, p. 1693 ; Q. URBAN, *Répertoire de droit du travail. Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique*, Dalloz, 2015, n° 598.

¹²⁰⁴ Cass. com., 17 févr. 1975, n° 73-13.242, *Bull. civ. IV*, n° 44 ; *JCP* 1975. II. 18105, note J. Savatier ; *D.* 1975. 466, obs. J.-C. Bousquet ; *RTD com.* 1975. 549 ; *Rev. soc.* 1975. 269 : « *Qu'après avoir rappelé que, selon l'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945, dans les sociétés anonymes deux membres du comité d'entreprise délégués par lui doivent assister à toutes les séances du conseil d'administration, l'arrêt déclare à bon droit que si ce texte accorde seulement aux délégués une voix consultative, il n'en impose pas moins leur convocation, et, s'ils y répondent, leur présence aux séances du conseil d'administration, quel qu'en soit l'objet pour qu'ils puissent exprimer leur opinion et avoir éventuellement une influence sur le vote des membres délibérants et, qu'en conséquence, si une délibération a été prise hors de leur présence après que la séance ait été déclarée levée, les décisions du conseil, prises dans de telles conditions, sont entachées d'irrégularité et doivent être déclarées nulles* » (nous soulignons).

¹²⁰⁵ L. n° 66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales, art. 360, *JORF* n° 0171, 26 juill. 1966, p. 6402.

¹²⁰⁶ G. LYON-CAEN, « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983. 287 ; *Comp. CE*, 26 avr. 1978, n° 04949, *Rec. Lebon* ; *D.* 1978. 308, obs. F. Chevallier ; *AJDA* 1978. 502, concl. J. Massot ; *Dr. soc.* 1979. 43, obs. J.-Y. Plouvin.

surveillance¹²⁰⁷. Faisant suite à une réponse ministérielle¹²⁰⁸, un auteur soutenait que la solution de la Cour de cassation ne pouvait se maintenir¹²⁰⁹. Et de fait, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence quelques années plus tard, en estimant que l'absence des représentants du personnel aux conseils d'administration ou de surveillance « *hors toute fraude, n'entache pas de nullité une délibération dont le seul objet était l'exercice d'une action en justice* »¹²¹⁰. Les termes de l'arrêt son obscurs, car les conditions tenant à l'objet de la délibération et à l'absence de fraude ne figurent pas dans les textes¹²¹¹. La condition relative à l'absence de fraude pourrait aussi être mal employée¹²¹². Elle est détournée de son objet pour refuser de sanctionner une

¹²⁰⁷ C. com., art. L. 235-1, al. 2 : « *La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre, à l'exception de la première phrase du premier alinéa de l'article L. 225-35 et de la troisième phrase du premier alinéa de l'article L. 225-64, ou des lois qui régissent les contrats, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du code civil* ».

¹²⁰⁸ JOAN, Compte rendu intégral, 2^e séance du 16 mai 1972, Question n° 23160, p. 1561 : « *L'obligation de présence aux séances du conseil de surveillance de deux membres du comité d'entreprise, avec voix consultatives, résultant de l'ordonnance du 22 février 1945 (...) et non d'une disposition de la loi du 24 juillet 1966, il semble, sous réserve de l'interprétation souveraine des tribunaux, qu'une délibération du conseil de surveillance ne puisse être déclarée nulle au motif que les représentants du comité d'entreprise n'ont pas été convoqués à la séance tenue par cet organisme* » (nous soulignons).

¹²⁰⁹ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 449, p. 576 : « *l'assistance des délégués du comité d'entreprise aux séances du conseil d'administration ne résulte pas d'une disposition de la loi du 24 juillet 1966, mais d'une disposition du code du travail, tout à fait extérieure à elle. (...) Il vaudra mieux, à l'avenir se contenter du recours aux sanctions établies par le code du travail, c'est-à-dire, essentiellement, aux sanctions pénales du délit d'entrave* ».

¹²¹⁰ Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15.883, *RJS* 1998. 1243 ; *BJS* 1999, n° 2, p. 264, note P. Le Cannu ; *RJDA* 1998. 1241.

¹²¹¹ P. LE CANNU, « Validité du conseil d'administration réuni sans convocation des membres du comité d'entreprise », note ss. Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15.883, *BJS* 1999, n° 2, p. 264 : « *les exigences qu'il formule quant à l'objet de la décision et à l'absence de fraude ne figurent pas dans les textes du Code du travail, et ne s'appuient pas non plus sur ceux du droit des sociétés* » ; Adde S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 2012, n° 58, p. 87 et s.

¹²¹² B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 776, p. 350 : « *Les délibérations du conseil ne sont point, en revanche, entachées de nullité : celle-ci ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du Code de commerce relative aux sociétés commerciales ou de celles régissant les contrats, ce qui n'est pas le cas de la règle ici méconnue. Mais parce que la fraude corrompt tout, des manœuvres qui la caractériseraient seraient de nature à justifier une annulation par application du droit commun des actes juridiques* ».

violation de la législation du travail, alors même qu'elle est manifeste¹²¹³. Cette solution laisse une « *impression d'imprécision* »¹²¹⁴. Sans doute l'intégration de l'information-consultation du comité social et économique dans les dispositions du droit commercial permettrait-elle, dans cette hypothèse comme dans d'autres, de gagner en clarté.

165. L'admission exceptionnelle de la nullité en droit commercial pour violation des attributions du comité social et économique. Certaines dispositions du droit commercial sont déjà en ce sens. L'article L. 225-105 du Code de commerce prévoit que lorsque l'assemblée générale est appelée à délibérer sur des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, l'avis du comité social et économique doit lui être communiqué¹²¹⁵. La nullité résulte d'un texte du livre second du code de commerce, l'article L. 225-121 du même code¹²¹⁶. La nullité étant expressément prévue par une disposition impérative du livre second du Code de commerce, l'article L. 235-1 dudit code est respecté¹²¹⁷. La nullité de la délibération dans l'hypothèse d'un défaut d'information-consultation du comité social et

¹²¹³ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 661 : « *On comprend mal cette exigence supplémentaire d'une fraude pour que la violation de la loi puisse être sanctionnée par le rétablissement de la légalité. La fraude à la loi est un mécanisme correcteur du droit qui permet de sanctionner une personne alors même qu'elle se trouve formellement dans le cadre de la légalité. Il est ici totalement détourné de son objet par la Cour de cassation, qui l'utilise à rebours, pour refuser de sanctionner une violation incontestée de la loi* » ; Adde R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 456, p. 584 : « *Or, en l'occurrence, il n'y a pas fraude à une loi, au sens strict du terme, mais bien violation d'une loi et cette dernière est une loi du travail* ».

¹²¹⁴ P. LE CANNU, « Validité du conseil d'administration réuni sans convocation des membres du comité d'entreprise », note ss. Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15.883, *BJS* 1999, n° 2, p. 264 : « *Bien qu'il se veuille certainement restrictif, et qu'il n'entende pas exclure toute annulation de délibération du conseil d'administration pour absence de convocation des membres du comité d'entreprise, cet arrêt laisse une impression d'imprécision* ».

¹²¹⁵ C. com., art. L. 225-105, al. 5 : « *Lorsque l'assemblée est appelée à délibérer sur des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise sur lesquelles le comité d'entreprise a été consulté en application de l'article L. 432-1 du code du travail, l'avis de celui-ci lui est communiqué* ».

¹²¹⁶ C. com., art. L. 225-121, al. 3 : « *Les délibérations prises par les assemblées en violation de l'article L. 225-105 peuvent être annulées* ».

¹²¹⁷ C. com., art. L. 235-1, al. 2 : « *La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre, à l'exception de la première phrase du premier alinéa de l'article L. 225-35 et de la troisième phrase du premier alinéa de l'article L. 225-64, ou des lois qui régissent les contrats, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du code civil* » (nous soulignons).

économique est encourue¹²¹⁸. L'ancien article L. 239-1 du Code de commerce qui soumettait toute fermeture de site entraînant la suppression de cent emplois à une décision des organes de direction à l'information-consultation du comité social et économique était aussi en ce sens¹²¹⁹. Le défaut de consultation du comité social et économique entraînait la nullité de la décision¹²²⁰. Influencer sur la validité de l'acte pris en droit commercial requiert l'inscription, dans le code de commerce, des dispositions relatives à l'information-consultation du comité social et économique¹²²¹.

166. L'inscription du droit de l'information-consultation dans le droit commercial. Des auteurs ne s'y trompent pas¹²²² : élaboré en marge de la législation commerciale, le droit du comité social et économique n'a d'incidence que dans les

¹²¹⁸ J. GRANGÉ, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : des remèdes », *JCP S* 2015. 1172 : « *Le Code de commerce décide que les délibérations prises par l'assemblée générale des actionnaires sont frappées de nullité. Il en résulte que lorsqu'une opération de restructuration relève de l'assemblée générale - ce qui n'est cependant pas le cas le plus courant - l'absence de transmission de l'avis serait susceptible d'entraîner la nullité de la délibération de l'assemblée générale des actionnaires* » ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 63, p. 52 : « *Les délibérations prises en violation de cette disposition sont nulles* » ; P. MORVAN, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171.

¹²¹⁹ C. com., art. L. 239-1, al. 2, anc. : « *Cette décision est prise après les consultations du comité d'entreprise prévues par le chapitre II du titre III du livre IV du code du travail et avant celles prévues par le chapitre I^{er} du titre II du livre III du même code* ».

¹²²⁰ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 911, p. 909 ; Comp. R. VATINET, « De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2002. 286 : « *La loi ne précise pas quelles seront les sanctions susceptibles d'assortir ces dispositions, ni quelle sera leur influence sur la validité des licenciements économiques qui pourraient être décidés à la suite d'une cessation d'activité* ».

¹²²¹ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 911, p. 909 et s.

¹²²² C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *Le comité demeure encore fâcheusement un organe extérieur à l'entreprise, prévu par une législation qui tente de se suffire à elle-même et qui n'a point pris garde qu'il fallait abandonner définitivement la conception d'une institution marginale, vivant en quelque sorte dans l'environnement de l'entreprise, alors qu'il en constitue l'un des rouages* ».

relations de travail¹²²³, ce qui ne permet pas de déployer pleinement son rôle¹²²⁴. Sa participation est illusoire en l'absence d'un « *lien organique* »¹²²⁵ entre le droit du travail et le droit commercial¹²²⁶. Ce lien pourrait passer par l'insertion des règles de l'information-consultation du comité social et économique dans les procédures du droit commercial¹²²⁷, faisant de l'information-consultation une « *condition de validité de*

¹²²³ J. BARTHÉLÉMY, « Turbulences en droit des sociétés et du travail », *JCP G* 1987. I. 3311 : « *l'esprit du droit français est de ne pas faire dépendre le fonctionnement des sociétés de capitaux du respect de la législation du travail* ».

¹²²⁴ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *Le droit des comités d'entreprise a été élaboré sous une forme autonome, comme se suffisant à lui-même, dans le seul cadre des relations de travail, en marge des règles juridiques de gestion des entreprises et principalement de la législation des sociétés et des procédures collectives. Le grave défaut d'origine persiste ; les textes antérieurs ont été remaniés et n'ont pas été mis jusqu'à présent en coordination avec les textes qui régissent la vie juridique des entreprises, à laquelle pourtant doit désormais participer le comité. Le droit des comités constitue encore une sorte de placage extérieur au droit véritable des entreprises, alors que la logique aurait voulu qu'il s'y intègre avec toutes les précisions nécessaires pour qu'il soit en exacte harmonie avec les mécanismes et les institutions existants* » ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 911, p. 909 : « *En l'état actuel du droit positif, la quasi-totalité des dispositions prévoyant l'intervention du comité social et économique figurent dans le Code du travail* » ; V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 88, p. 77 : « *C'est au contact avec le droit des sociétés que se mesurent les limites du droit du travail à assurer le respect des attributions consultatives du comité d'entreprise, et à asseoir un contrôle réel du comité sur la décision patronale. Si les représentants du personnel ont la faculté de connaître les actes juridiques régis par le droit des sociétés commerciales, leurs prérogatives ne leur permettent pas de les atteindre* ».

¹²²⁵ G. LYON-CAEN, « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983. 287.

¹²²⁶ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise à l'heure du changement », *Dr. soc.* 1982. 299 : « *Il est vrai que subordonner la validité de décisions sociales au respect de dispositions de droit du travail ne manque pas d'audace. Quelques grincements théoriques pourraient en résulter : la légalité des décisions sociales n'est-elle pas entièrement définie par le droit commercial, séparé du droit du travail ?* » ; G. LYON-CAEN, « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983. 287 : « *si l'on sépare le territoire des deux droits, on est nécessairement conduit à cette conséquence que la méconnaissance d'une obligation imposée par le droit du travail est sans influence sur la validité d'une opération du droit commercial. (...) Tout se passe donc comme si le fonctionnement des sociétés de capitaux était étranger aux précautions prises par le législateur en droit du travail pour associer les salariés au processus de décision. C'est à cela que mène "l'autonomie" du droit du travail. S'il n'y a pas de lien organique entre les deux droits, le droit commercial peut "mépriser" le droit du travail* ».

¹²²⁷ C. FREYRIA, « Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 209 : « *la logique, comme d'ailleurs la sécurité des partenaires sociaux au sein du comité, exigent impérieusement que l'on aménage avec toute la précision désirable l'insertion de l'information et de la consultation du comité dans les procédures législatives et réglementaires en vigueur du droit positif des sociétés* » ; C. FREYRIA, « Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 273, spéc. p. 294 : « *Le droit des comités d'entreprise ne doit point s'élaborer en marge des institutions existantes, et dans leur plus complète ignorance ; un effort élémentaire d'harmonisation des textes s'avère indispensable, si l'on ne veut plus le considérer comme une excroissance pathologique et contingente de la vie juridique de l'entreprise* ».

l'acte sociétaire »¹²²⁸. Une intervention législative mineure suffirait à consacrer la sanction de la nullité, laquelle n'impliquerait aucune modification du droit du travail, mais seulement du droit commercial¹²²⁹. Rompre le « *cloisonnement* »¹²³⁰ entre ces deux branches du droit garantirait le respect des attributions du comité social et économique¹²³¹.

167. Difficultés et rejet de l'inscription de l'information-consultation dans le droit commercial. La sanction de la nullité pourrait néanmoins se heurter à « *de grandes difficultés pratiques* »¹²³². Des actes ayant déjà reçu un commencement d'exécution seraient rétroactivement annulés, mettant en cause les droits de tiers légalement constitués¹²³³. Une remise en l'état parfois impossible¹²³⁴, des confirmations d'actes

¹²²⁸ P. LOKIEC, « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17 : « Donner tout son sens à la consultation du comité d'entreprise devrait amener à faire de la consultation du comité d'entreprise une condition de validité de l'acte sociétaire. Ce qui supposerait, étant donné l'autonomie que cultivent les dispositions sociétaires sur la nullité, d'insérer dans le code de commerce les dispositions sur l'information-consultation ».

¹²²⁹ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 594, p. 403 : « la procédure de consultation, son domaine et ses exigences procédurales n'ont pas vocation à être modifiés. Seule la sanction qui lui est assortie aurait à subir une modification législative. L'employeur qui respecte l'intégralité de ses obligations consultatives aujourd'hui, n'aurait pas à modifier ces pratiques demain à l'égard du comité d'entreprise : les exigences procédurales demeurerait les mêmes. Leur intensité également. L'introduction de la nullité a pour objet exclusif d'assurer l'effectivité de cette règle de procédure, devenant alors une condition substantielle de la licéité de la décision unilatérale de l'employeur ».

¹²³⁰ G. BORENFREUND, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.

¹²³¹ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 467, p. 599 et s. ; G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « Il n'y aura pas de réforme sérieuse du droit de l'entreprise sans que l'on procède à l'intégration dans un texte unique, du droit des sociétés et de celui du comité d'entreprise. (...) Mentionner la délibération du comité dans le texte de la loi commerciale permettrait de sortir le comité de l'indécis, de respecter la volonté du législateur de 1945 » ; C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « il ne fait aucun doute qu'un comité d'entreprise est un organe, à l'instar d'autres, de l'entreprise elle-même, en sorte qu'il est rationnel de poser qu'à défaut de consultation, la décision finale soit sujette à déclaration de nullité ».

¹²³² R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 467, p. 599 et s. ; C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « Dans l'ordre pratique, l'emploi de la mesure de nullité demande une sérieuse circonspection ».

¹²³³ F. PETIT, *Répertoire des sociétés. Comité social et économique*, Dalloz, 2021, n° 174 ; C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « la décision patronale aura été prise souvent en accord avec un partenaire qui devra se munir de son côté de l'avis de son propre comité, mais qui n'a point à intervenir dans le même sens auprès du comité d'entreprise de son co-contractant. Ici comme ailleurs, la nullité ne peut être maniée à l'aveugle, au risque de compromettre les droits légitimes des tiers qui ne portent point la responsabilité des irrégularités commises ».

¹²³⁴ Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21.068, *Bull. civ.* V, n° 107 ; *RDT* 2018. 669, obs. Y. Ferkane ; *D.* 2018. 1262 ; *RJS* 2018. 547 ; *SSL* 2018, n° 1823, p. 16, obs. M. Caro ; *JCP S* 2018. 1277, note G. François ; *Cah. soc.* 2018, n° 309, p. 351, note F. Canut ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 22, p. 55, note C. Berlaud.

auraient lieu pour préserver les droits des tiers¹²³⁵, ce qui ne manquerait pas d'atteindre l'efficacité de la sanction de nullité¹²³⁶. C'est pourquoi, certains auteurs sont circonspects¹²³⁷, si ce n'est opposés à l'intégration de l'information-consultation du comité social et économique dans le droit commercial, eu égard à « *l'effet désastreux* »¹²³⁸ qu'aurait la nullité¹²³⁹. Les sanctions classiques de la violation des attributions du comité social et économique seraient suffisantes¹²⁴⁰, la nullité étant, de surcroît, en rupture avec la conception du droit français de l'information-consultation¹²⁴¹.

168. Conclusion de paragraphe. La sanction de la nullité de la décision de l'employeur non soumise ou irrégulièrement soumise à l'information-consultation du

¹²³⁵ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 2012, n° 54, p. 82 : « *l'histoire de la nullité en droit des sociétés est celle d'une méfiance à l'endroit d'une sanction susceptible de nuire aux tiers et plus largement à la sécurité juridique* ».

¹²³⁶ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 467, p. 599 et s. : « *Cependant sa mise en œuvre risque de se heurter à de grandes difficultés pratiques : comment annuler rétroactivement une décision de fusion ou de mise en place d'un ordinateur lorsque cette décision a connu un commencement d'exécution, a fortiori lorsqu'elle a été entièrement exécutée ? Des confirmations d'actes ainsi annulés devraient de toute évidence être admises ; mais si elles l'étaient trop souvent, elles éteindraient l'efficacité de la nullité* ».

¹²³⁷ C. FREYRIA, « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382 : « *la nullité oblige à recommencer une opération éventuellement complexe, dont il peut être démontré qu'elle est indispensable à l'équilibre financier et à la poursuite correcte d'exploitation de la firme. La conviction commune est que la situation nouvellement créée est irréversible et qu'il n'est point imaginable de revenir au statu quo ante* ».

¹²³⁸ J. GRANGÉ, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : des remèdes », *JCP S* 2015. 1172 : « *Parmi les sanctions d'un défaut de consultation, la nullité est celle qui a l'effet le plus désastreux : il est toujours très difficile de revenir en arrière et de remettre en cause ce qui a été fait. Les sanctions prévues actuellement par le Code du travail (dommages-intérêts, délit d'entrave) sont, me semble-t-il, suffisantes pour garantir le respect des obligations mises à la charge des employeurs. Le recours au juge des référés et l'éventuelle suspension du projet sont également de nature dissuasive et sont au demeurant largement utilisés* ».

¹²³⁹ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 477, p. 613 : « *Mais, si l'intégration du droit des comités d'entreprise dans le droit des sociétés n'est pas souhaitable, par contre, tout renforcement de cette institution représentative passe peut-être par son intégration dans un droit nouveau, droit de nature interventionniste qui limiterait les pouvoirs de l'employeur et modifierait les processus de prise de décision* » (nous soulignons).

¹²⁴⁰ P. MORVAN, « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171 : « *l'éventualité que la nullité des actes juridiques commerciaux puisse sanctionner le non-respect d'obligations sociales suscite généralement une levée de boucliers de la part des entrepreneurs comme des spécialistes du droit des affaires* ».

¹²⁴¹ F. FAVENNEC-HÉRY, « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. soc.* 2005. 729 : « *l'idée d'associer le comité d'entreprise, par voie d'action ou d'opposition, à la prise de décision économique n'est pas la conception retenue par le droit français en matière d'institution représentative du personnel. L'irrégularité de la procédure doit alors être sanctionnée par des dispositions propres mais non par la nullité* » (nous soulignons).

comité social et économique serait une sanction vigoureuse. La reconnaissance de cette sanction se heurte cependant aux dispositions autonomistes du droit commercial, lesquelles cantonnent strictement la nullité des délibérations sociales. L'intégration de l'information-consultation du comité social et économique dans le droit commercial permettrait de résoudre la difficulté.

169. Conclusion de section. Les sanctions civiles potentielles en cas de violation des attributions du comité social et économique que sont l'inopposabilité et la nullité, présentent chacune des avantages et des inconvénients. La sanction de l'inopposabilité ne restaure pas l'effet utile de l'information-consultation du comité social et économique, car elle ne lui permet pas d'influer sur la décision adoptée. La sanction de la nullité apparaît plus effective et plus proportionnée par rapport à l'atteinte portée aux intérêts des salariés. Elle est toutefois celle qui comporte de redoutables effets, en raison de sa rétroactivité.

170. Conclusion de chapitre. Malgré leur variété, les sanctions civiles de la violation des attributions du comité social et économique sont impuissantes à prévenir ou sanctionner efficacement les atteintes portées à sa participation. La tardiveté de leur intervention peut l'expliquer. Au-delà, c'est la vigueur des sanctions qui est en cause, car elles ne lui permettent pas de restaurer son influence sur la décision de l'employeur. L'exploration de nouvelles sanctions civiles, l'inopposabilité et la nullité, permet d'entrevoir une solution à cette difficulté. Cependant, leur efficacité peut être discutée, à raison de leur inanité ou des effets disproportionnés qu'elles pourraient engendrer. Le renouvellement des sanctions de la violation des attributions du comité social et économique n'est donc pas clos.

Chapitre 2. Les sanctions pénales

« Le droit pénal du travail est l'un des garants essentiels du respect des droits des travailleurs »¹²⁴²

171. La répression pénale. Depuis la création du comité social et économique, le droit pénal du travail garantit le déploiement de ses attributions économiques¹²⁴³. La répression pénale du délit d'entrave en est une manifestation emblématique. Elle a pour objet de prévenir les violations par l'employeur des attributions du comité social et économique par son caractère dissuasif. Un mouvement général de dépénalisation a toutefois emporté ce caractère. La participation du comité social et économique en ressort amoindrie, car moins protégée (**Section 1**).

172. La répression administrative. La répression administrative des manquements de l'employeur est en constante progression. Mais la participation du comité social et économique en constitue un angle mort. La technicité et la rapidité de la répression administrative pourraient pallier certaines insuffisances de la répression pénale. Favoriser l'essor de sanctions administratives en cas d'entrave aux attributions du comité social et économique doit être envisagé (**Section 2**).

¹²⁴² J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. soc.* 1975. 375.

¹²⁴³ G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317, spéc. p. 321.

Section 1. Le déclin du délit d'entrave

173. Parmi la diversité des entraves rencontrées, celles relatives aux attributions économiques du comité social et économique sont les plus fréquentes¹²⁴⁴. L'incrimination d'entrave est unitaire, mais couvre un large spectre de comportements¹²⁴⁵. La sanction de l'entrave est omniprésente (§1). La révision législative de la peine qui y est attachée a cependant entraîné son délitement (§2).

§1. L'omniprésence du délit d'entrave

174. Le délit d'entrave est la voie privilégiée pour inciter au respect des attributions économiques du comité social et économique¹²⁴⁶. L'incrimination d'entrave est permanente (I). Eu égard à l'effet exonératoire limité des délégations de pouvoirs en matière de représentation du personnel, la responsabilité du chef d'entreprise peut également être encourue de manière permanente (II).

I. Une incrimination permanente

175. Une sanction d'envergure. Le délit d'entrave accompagne le comité social et économique depuis ses origines¹²⁴⁷. La sanction pénale était nécessaire pour évacuer

¹²⁴⁴ R. SALOMON, « Chronique de droit pénal social », *Dr. soc.* 2021. 726 : « *Les entraves aux attributions économiques du comité constituent aujourd'hui les infractions les plus fréquemment constatées* ».

¹²⁴⁵ J. LARGUIER & A.-M. LARGUIER, « Le délit d'entraves aux fonctions des représentants du personnel », *Dr. soc.* 1967. 550.

¹²⁴⁶ M. VÉRICEL, « Le comité social et économique et l'urgence », *RJS* 2020. 879 : « *Dans la pratique, c'est d'ailleurs essentiellement par cette voie qu'est assuré le respect des droits des représentants du personnel* » ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1302, p. 1693.

¹²⁴⁷ Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, art. 24, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954 : « *Toute entrave apportée intentionnellement, soit à la libre désignation des membres d'un comité d'entreprise, soit au fonctionnement régulier d'un comité d'entreprise légalement constitué, sera punie d'une amende de 500 à 5.000 fr. et d'un emprisonnement de six jours à un an ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive dans le délai d'une année, l'emprisonnement sera toujours prononcé. Les infractions pourront être constatées tant par l'inspecteur du travail que par les officiers de police judiciaire* ».

les résistances à sa mise en place¹²⁴⁸. La sanction pénale de l'entrave est d'envergure et a valeur de symbole¹²⁴⁹. Assortir une règle d'une sanction pénale indique avec force l'importance de la règle sanctionnée¹²⁵⁰. La puissance du délit d'entrave réside dans son caractère formel¹²⁵¹, l'infraction étant consommée que le dommage envisagé se soit ou non produit¹²⁵². La tentative d'entrave, même si elle échoue, est logiquement sanctionnée¹²⁵³. Cette caractéristique est propre aux infractions destinées à protéger de « *grandes valeurs sociales* »¹²⁵⁴. L'entrave constitue un trouble à l'intérêt général¹²⁵⁵, malgré la répercussion en apparence limitée de l'infraction¹²⁵⁶.

¹²⁴⁸ G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317, spéc. p. 319 : « *C'est pour cette double raison : le fait qu'il s'agissait de dispositions nouvelles qu'il convenait d'implanter petit à petit dans les habitudes des intéressés (habitudes d'agir et habitudes de penser), et le fait, d'autre part, que ces dispositions étaient directement contraires aux intérêts pécuniaires de ceux qui devaient les observer, que les pouvoirs publics ont été amenés à recourir aussi largement à la sanction pénale pour faire respecter les prescriptions qu'ils avaient édictées* » ; A. COEURET & E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », RSC 2000. 25 : « *Dans la mise en œuvre de cet interventionnisme, il est apparu aux pouvoirs publics que la présence des seules sanctions de nature civile ne suffirait pas à garantir le respect d'une réglementation vécue par beaucoup d'employeurs comme une gêne parfois considérable voire comme une atteinte à leur autorité dans l'entreprise* ».

¹²⁴⁹ Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », *Dr. soc.* 1987. 510 : « *Il faut dire que le contentieux répressif a en matière sociale valeur de symbole* ».

¹²⁵⁰ *Rappr.* G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 96 : « *C'est seulement, si le fait est de nature à troubler violemment l'ordre public qu'il est érigé un délit pénal et que les agents de l'État exercent une action répressive* ».

¹²⁵¹ D. HENNEBELLE, « La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailleur », *Dr. soc.* 2001. 935 : « *Réprimant les moyens utilisés par le chef d'entreprise pour réaliser l'entrave, sans rechercher quelles en ont été les conséquences, la jurisprudence reconnaît donc à l'ensemble des délits d'entrave, le caractère de délit formels* » ; J. LARGUIER & A.-M. LARGUIER, « Le délit d'entraves aux fonctions des représentants du personnel », *Dr. soc.* 1967. 550.

¹²⁵² Cass. crim., 28 nov. 2017, n° 16-86.138, *Cah. soc.* 2018, n° 303, p. 39 ; *Dr. pén.* 2018. 34, note J.-H. Robert.

¹²⁵³ A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 797, p. 482.

¹²⁵⁴ D. HENNEBELLE, « La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailleur », *Dr. soc.* 2001. 935 : « *Protection de la personne et des institutions ; protection de l'intégrité, de la dignité, de l'égalité et de la liberté, l'infraction formelle apparaît en droit pénal du travail comme un instrument de défense des grandes valeurs sociales* ».

¹²⁵⁵ Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », *Dr. soc.* 1987. 510 : « *Au travers de ces textes, c'est tout ce qui contribue à enrichir les relations de travail de principes fondamentaux qui est concerné : d'une incrimination à une autre, se détachent autant de valeurs sociales que sont érigées en de tels principes la représentation du personnel, l'égalité professionnelle, la liberté du travail, la liberté syndicale, la sécurité dans le travail... On saisit alors toute la portée symbolique du recours au juge répressif, dans la mesure où, par son exercice, sont dénoncés les comportements attentatoires à ce qui fondamentalement engage le droit social* ».

¹²⁵⁶ G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317, spéc. p. 320 : « *La sauvegarde des intérêts des travailleurs importe évidemment à l'intérêt général ; même sur un plan bassement matériel, il est conforme à la prospérité économique du pays que les travailleurs soient toujours en état physique et psychologique de produire le plus possible* ».

176. L'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique.

Aujourd'hui, l'article L. 2317-1 du Code du travail sanctionne pénalement l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique¹²⁵⁷. Entraver signifie « empêcher quelqu'un d'agir »¹²⁵⁸, le gêner¹²⁵⁹. Entraver le fonctionnement régulier du comité social et économique consiste à adopter un comportement visant à l'empêcher d'exercer ses attributions¹²⁶⁰. Le législateur étant dans l'incapacité de prévoir tous les comportements caractérisant l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique¹²⁶¹, il revient au juge de considérer « l'esprit et la finalité de la loi »¹²⁶². L'incrimination est dite à « texture ouverte »¹²⁶³ et accueille par la largesse de sa formulation une marge d'appréciation judiciaire importante¹²⁶⁴. Le délit d'entrave est

¹²⁵⁷ C. trav., art. L. 2317-1 : « Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 €. Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 € » (nous soulignons).

¹²⁵⁸ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° Entraver : « Empêcher quelqu'un d'agir, une action de se réaliser, ou constituer un obstacle ».

¹²⁵⁹ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° Entraver : « Gêner (quelqu'un ou quelque chose) ; arrêter le mouvement, embarrasser ».

¹²⁶⁰ N. ALVAREZ-PUJANA, « Le délit d'entrave ou d'atteinte au fonctionnement des institutions représentatives du personnel et à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. ouvr.* 1990. 77 : « apporter une entrave au fonctionnement d'un comité d'entreprise c'est avoir un certain comportement ou une certaine attitude en vue de gêner ou d'empêcher ce fonctionnement ».

¹²⁶¹ P. CHAUVEL, « Interprétation déclarative de la loi pénale et droit pénal du travail », *Dr. soc.* 1983. 659 : « la qualification pénale est ici résolument large. On en comprend facilement la raison : le législateur était dans l'incapacité de prévoir avec certitude l'infinie variété des comportements obstructifs de ceux dont il limitait le pouvoir, tandis qu'il était fermement décidé à assurer le fonctionnement harmonieux des œuvres vives qu'il venait de créer » ; A. LYON-CAEN, « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », *Dr. soc.* 1984. 438 : « il ne faut pas oublier que le délit d'entrave sert à protéger l'exercice de libertés : la loi ne peut donc guère décrire avec minutie les actes répréhensibles ou alors il lui faudrait décrire avec une égale minutie les actes d'exercice de ces libertés ».

¹²⁶² P. CHAUVEL, « Interprétation déclarative de la loi pénale et droit pénal du travail », *Dr. soc.* 1983. 659.

¹²⁶³ J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Droit pénal. Infractions. Constatation. Poursuite*, Fasc. 82-10, LexisNexis, 2020, n° 53.

¹²⁶⁴ J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Droit pénal. Infractions. Constatation. Poursuite*, Fasc. 82-10, LexisNexis, 2020, n° 53 : « Certaines incriminations, tel le délit d'entrave, sont formulées en termes assez larges pour laisser une importante marge d'appréciation à l'interprète. Cela n'est pas le propre du droit pénal du travail, le droit pénal commun connaît lui aussi des notions de ce type ("l'outrage", "la pudeur", "les manœuvres frauduleuses"). Des définitions "larges" semblent nécessaires pour sanctionner des faits répréhensibles sans multiplier les dispositions particulières ».

caractérisé par la violation des attributions du comité social et économique¹²⁶⁵. Tant l'irrégularité que le défaut d'information-consultation du comité social et économique sont visés¹²⁶⁶.

177. L'élément matériel du délit d'entrave. Au titre de l'élément matériel, le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique peut saisir des comportements variés, lorsqu'une atteinte à la représentation du personnel a lieu¹²⁶⁷. La participation croissante du comité social et économique favorise la multiplication des cas d'entrave¹²⁶⁸. À l'instar des auteurs potentiels du délit¹²⁶⁹, les cas d'entrave sont

¹²⁶⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1302, p. 1693 : « *Le délit d'entrave est caractérisé par la méconnaissance des prérogatives du comité dans l'ordre économique, sans que l'imprécision des textes constitue une cause d'exonération. C'est par la voie pénale qu'est souvent assuré le respect des droits du comité, mais la méthode n'est pas la plus satisfaisante* » ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 2084, p. 1567 et s.

¹²⁶⁶ P. MORVAN, « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2000. 987 : « *L'omission de l'une quelconque des consultations prescrites par la loi, comme la tardiveté ou l'irrégularité de celles-ci, consomme le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise* » ; J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Délit d'entrave*, Fasc. 15-92, LexisNexis, 2019, n° 38 : « *L'omission, la tardiveté ou l'irrégularité de la consultation dans les domaines susvisés consomment le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique* » ; G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 119, p. 147.

¹²⁶⁷ A. COEURET, « Entrave et discrimination », *Dr. ouvr.* 1987. 447 ; N. ALVAREZ-PUJANA, « Le délit d'entrave ou d'atteinte au fonctionnement des institutions représentatives du personnel et à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. ouvr.* 1990. 77 : « *La jurisprudence (...) se montre très sévère à l'égard de l'employeur dans la recherche de l'élément matériel du délit, au point que tout comportement, quel qu'il soit, caractérise cet élément dès lors qu'il pourrait apporter une gêne quelconque aux institutions représentatives du personnel* » ; M.-C. AMAUGER-LATTES, *Répertoire de droit du travail. Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical*, Dalloz, 2022, n° 90 : « *En matière d'information et de consultation, le comité d'entreprise hier et le comité social et économique aujourd'hui disposent d'une compétence très étendue qui rend le champ matériel de l'infraction d'entrave résultant du défaut d'information-consultation particulièrement vaste* ».

¹²⁶⁸ G. AUZERO, « Délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise », note ss. *Cass. crim.*, 23 oct. 2007, n° 06-86.458, *BJS* 2008, n° 3, p. 226 : « *Le législateur s'ingéniant, à intervalles réguliers et sans grand souci d'efficacité, à accroître les attributions économiques du comité d'entreprise, les risques de poursuite du chef d'entreprise pour délit d'entrave s'en trouvent nécessairement multipliés* » ; J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Délit d'entrave*, Fasc. 15-92, LexisNexis, 2019, n° 38 : « *L'importance croissante donnée au rôle consultatif du comité dans la vie économique et sociale favorise la multiplication des cas d'entrave* ».

¹²⁶⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1898, p. 828 et s.

innombrables¹²⁷⁰ : rien n'y échappe¹²⁷¹. L'incrimination de l'entrave a été critiquée de ce chef¹²⁷². Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée¹²⁷³. À la suite de sa jurisprudence selon laquelle l'incrimination d'entrave « *n'est ni obscure, ni imprécise* »¹²⁷⁴, la Chambre criminelle a refusé la transmission de la question au motif que l'incrimination est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire, le juge devant qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer de façon exhaustive¹²⁷⁵. La conventionnalité de l'incrimination d'entrave a aussi été reconnue¹²⁷⁶.

178. L'élément moral du délit d'entrave. La critique a par ailleurs porté sur l'élément moral de l'infraction¹²⁷⁷, notamment sur la « *minceur de l'élément psychologique* »¹²⁷⁸. S'il n'est point de délit sans intention de le commettre¹²⁷⁹, en

¹²⁷⁰ M.-C. AMAUGER-LATTES, *Répertoire de droit du travail. Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical*, Dalloz, 2022, n° 91 ; C. WOLMARK, *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : attributions générales en matière économique (entreprises de 50 salariés et plus)*, Dalloz, 2020, n° 106 ; B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1903, p. 831 et s.

¹²⁷¹ A. COURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 768, p. 461.

¹²⁷² J. MARTIN-MARTINIÈRE, « Le délit d'entrave. II », *Dr. soc.* 1979. 99 : « *Les employeurs ignorent non seulement les limites mais encore le contenu exact de leurs "obligations". Par une défaillance inadmissible du législateur et du pouvoir réglementaire, le justiciable ne connaît pas avec précision le contenu de ses obligations de faire ou de ne pas faire* ».

¹²⁷³ Cass. crim., 24 juill. 2013, n° 13-90.013, *Dr. soc.* 2014. 137, obs. R. Salomon ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 292, p. 13, note A.-C. Méric : « *La généralité et l'imprécision des dispositions de l'article L. 2328-1 du code du travail sont-elles conformes aux dispositions de l'article 34 de la Constitution de 1958, de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au principe de légalité des délits et des peines et à ses corollaires : le principe de clarté et d'intelligibilité de la loi pénale et le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ?* ».

¹²⁷⁴ Cass. crim., 13 janv. 1998, n° 96-81.478, *Bull. crim.*, n° 17 ; *RJS* 1998. 165 ; *JCP E* 1998. 1020 ; *JCP G* 1998. 2374.

¹²⁷⁵ Cass. crim., 24 juill. 2013, n° 13-90.013, *Dr. soc.* 2014. 137, obs. R. Salomon ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 292, p. 3274, note A.-C. Méric : « *la question ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que l'article L. 2328-1 du code du travail, qui prévoit et réprime le délit d'entrave au fonctionnement régulier d'un comité d'entreprise, est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire et laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive* » ; *Rappr.* Cass. crim., 28 mai 2013, n° 12-87.266, *RSC* 2014. 363, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2014. 137, obs. R. Salomon ; *Dr. pén.* 2013. 115, note J.-H. Robert.

¹²⁷⁶ Cass. crim., 26 janv. 2016, n° 13-82.158, *Bull. crim.*, n° 18 ; *Dr. soc.* 2016. 665, obs. R. Salomon ; *JCP G* 2016. 253 ; *Cah. soc.* 2016, n° 285, p. 256 ; *BJS* 2016, n° 4, p. 200, note B. Saintourens ; *RJDA* 2016. 373 ; *RJS* 2016. 258 ; *SSL* 2016, n° 1725, p. 8, note A. Coeuret & F. Duquesne.

¹²⁷⁷ P. MORVAN, « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2000. 987.

¹²⁷⁸ G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317, spéc. p. 336.

¹²⁷⁹ C. pén., art. 121-3, al. 1 : « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ».

matière d'entrave l'élément intentionnel se déduit, non du but recherché par l'intéressé, mais du caractère volontaire du manquement constaté¹²⁸⁰. L'élément moral du délit d'entrave consiste en un seul dol général¹²⁸¹ : le repentir de l'employeur est exclu¹²⁸². La répression du délit d'entrave en est facilitée¹²⁸³. Le délit d'entrave accueille une incrimination « *tentaculaire* »¹²⁸⁴ pour laquelle la délégation de pouvoirs s'avère impuissante à exonérer l'employeur de sa responsabilité pénale¹²⁸⁵.

II. Une responsabilité permanente

179. Le principe de la délégation de pouvoirs. Si le principe de la délégation de pouvoirs est admis¹²⁸⁶, la jurisprudence semble cantonner les effets exonératoires de

¹²⁸⁰ Cass. crim., 6 févr. 2007, n° 06-82.744, *RJS* 2007. 634 ; *Dr. soc.* 2007. 662, obs. F. Duquesne ; Cass. crim., 28 févr. 2017, n° 14-87.729.

¹²⁸¹ R. SALOMON & A. MARTINEL, *Droit pénal social*, 5^e éd., Economica, 2019, n° 334, p. 201 ; A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515 : « *Se refusant à déterminer quelle est la conscience personnelle de l'agent, le juge raisonne essentiellement en fonction de ce que celui-ci devait savoir ou ne pouvait pas ne pas savoir* ».

¹²⁸² Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 02-88.240, *Bull. crim.*, n° 4 ; *RSC* 2004. 365, obs. A. Cerf-Hollender ; *RTD com.* 2004. 629, obs. B. Bouloc ; *JCP G* 2004. 1494 ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 220, p. 22 ; *SSL* 2004, n° 1155, p. 14 ; Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-81.030, *RSC* 2021. 382, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2021. 726, obs. R. Salomon ; *JCP S* 2021. 1141, note F. Duquesne ; *RJS* 2021. 316.

¹²⁸³ V. COTTEREAU, *Les délits d'entrave*, Thèse, Montpellier, 1979, n° 435, p. 246 : « *L'adoption du dol général s'inscrit à merveille dans le souci de répression qui anime aujourd'hui le droit pénal du travail sanctionnant les employeurs hostiles au bon fonctionnement des relations sociales dans l'entreprise. La jurisprudence a consacré depuis longtemps cette conception de l'infraction, et a rejeté l'exigence du dol spécial* » ; G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 119, p. 147.

¹²⁸⁴ P. MORVAN, « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2000. 987.

¹²⁸⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 153.113, p. 323 : « *l'étude de la jurisprudence montre que les juges sont extrêmement vigilants, et qu'il ne suffit pas à l'employeur de faire état d'une délégation de pouvoirs pour se décharger de sa responsabilité pénale sur un préposé* » ; P. MORVAN, « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2000. 987 : « *L'élément matériel du délit d'entrave occupe une place disproportionnée dans la structure de l'infraction. Sa présence emporte de façon quasi-systématique la responsabilité pénale du chef d'entreprise, lequel ne peut même invoquer une délégation de pouvoirs* » ; A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515 : « *il n'est pas possible d'affirmer que le chef d'entreprise dispose, en matière d'entrave, d'une faculté complète d'organiser le transfert de sa responsabilité pénale avec pour corollaire le jeu d'un principe de responsabilité alternative qui obligerait les juges du fond à ne condamner que le délégataire et à mettre hors de cause le délégant* ».

¹²⁸⁶ Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, *Bull. crim.*, n° 112 ; *D.* 1994. 156, obs. G. Roujou de Boubée ; *JCP E* 1994. 571, note J.-H. Robert ; *RSC* 1994. 101, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 1994. 10, note J.-H. Robert ; *RJDA* 1993. 470 ; *RTD com.* 1994. 92, obs. B. Bouloc.

son invocation dans le domaine de la représentation du personnel¹²⁸⁷. Le cas d'une participation personnelle du délégant à l'infraction est notamment visé¹²⁸⁸. Mais la Cour de cassation est allée plus loin¹²⁸⁹ en estimant que certaines décisions importantes devaient être assumées par le délégant sans qu'une délégation de pouvoirs, même régulière, ne puisse l'exonérer de sa responsabilité pénale¹²⁹⁰. Bien qu'il ait confié à un représentant le soin de présider le comité social et économique, le chef d'entreprise engage sa responsabilité à son égard s'agissant des « *normes ressortissant de son pouvoir propre de direction* »¹²⁹¹. Certaines responsabilités de l'employeur ne peuvent donc être déléguées¹²⁹². Critiquée par certains¹²⁹³, la jurisprudence antérieure était aussi en ce sens¹²⁹⁴. L'employeur ne pouvait opposer une délégation de pouvoirs lorsqu'il

¹²⁸⁷ Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-82.109, *Bull. crim.*, n° 100 ; *D.* 1995. 30, obs. Y. Reinhard ; *RSC* 1995. 95, obs. B. Bouloc ; *RJS* 1994. 708.

¹²⁸⁸ Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307, *Bull. crim.*, n° 101 ; *RSC* 2003. 807, obs. G. Giudicelli-Delage ; *RTD com.* 2003. 832, obs. B. Bouloc ; *BJS* 2003, n° 11, p. 1166, note T. Massart ; *JCP G* 2003. 2318 ; *Dr. pén.* 2003. 103, note J.-H. Robert ; *D.* 2003. 2205 ; *RJS* 2003. 1181 ; *SSL* 2003, n° 1128, p. 12 ; Cass. crim., 15 mars 2016, n° 14-85.078, *RJDA* 2016. 537 ; *RJS* 2016. 432 ; *BJS* 2016, n° 5, p. 249 ; *JCP S* 2016. 1198, note F. Duquesne.

¹²⁸⁹ J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Délit d'entrave*, Fasc. 15-92, LexisNexis, 2019, n° 137.

¹²⁹⁰ Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 03-81.366, *Bull. crim.*, n° 190.

¹²⁹¹ Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318, *Bull. crim.*, n° 126 ; *RSC* 2008. 349, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2008. 449, obs. F. Duquesne ; *RTD com.* 2008. 198, obs. B. Bouloc ; *RJS* 2007. 969 ; *JCP S* 2007. 1723, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2007. 1889 ; *Dr. pén.* 2007. 108, note J.-H. Robert ; *JCP G* 2007. 2279 ; Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86.027, *Bull. crim.*, n° 266 ; *RTD com.* 2008. 641, obs. B. Bouloc ; *RSC* 2008. 349, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2008. 449, obs. F. Duquesne ; *RJS* 2008. 307 ; *JCP E* 2007. 561 ; *JCP S* 2007. 577 ; *Dr. pén.* 2008. 23, note J.-H. Robert.

¹²⁹² J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Délit d'entrave*, Fasc. 15-92, LexisNexis, 2019, n° 137.

¹²⁹³ R. LEGEAIS, « Sur qui pèse la responsabilité pénale des infractions aux lois sociales dans l'entreprise ? », *Dr. soc.* 1961. 342 : « *Nous souhaiterions que le chef d'entreprise soit exonéré dès qu'il a réellement délégué ses pouvoirs à un dirigeant secondaire pour un service déterminé. Cette solution assurerait un plus grand respect des lois sociales dans l'entreprise, en faisant peser la menace des pénalités sur ceux qui peuvent pratiquement le mieux exécuter les prescriptions de la réglementation. Elle s'harmoniserait aussi davantage avec l'évolution des entreprises modernes où l'autorité se divise. Lorsqu'on veut déterminer si celui qui répondra de l'infraction aux lois sociales sera le chef d'entreprise ou un dirigeant secondaire il ne s'agit pas de choisir un bouc émissaire, mais de frapper celui qui avait réellement le pouvoir de respecter l'obligation* ».

¹²⁹⁴ Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-82.109, *Bull. crim.*, n° 100 ; *D.* 1995. 30, obs. Y. Reinhard ; *RSC* 1995. 95, obs. B. Bouloc ; *RJS* 1994. 708 : « *même lorsqu'il confie à un représentant le soin de présider ce comité, il appartient au chef d'entreprise, avant de prendre une décision d'aménagement importante modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail, de s'assurer de la consultation dudit comité* ».

prenait une mesure relevant du champ de l'information-consultation du comité social et économique¹²⁹⁵.

180. Les normes ressortissant du pouvoir propre de direction du chef d'entreprise. La généralité de la nouvelle formule de la Cour de cassation peut cependant interroger¹²⁹⁶. Certains auteurs ont estimé qu'il existait une distinction entre les aspects procéduraux de la présidence du comité social et économique et ceux liés au respect de ses attributions¹²⁹⁷. Outre la complexité tenant à la délimitation de ces domaines¹²⁹⁸, une telle lecture serait insatisfaisante en matière pénale, eu égard à la casuistique qui s'ensuivrait¹²⁹⁹. Selon d'autres auteurs, la jurisprudence s'inscrirait dans la recherche d'une plus grande implication du délégué lorsque l'information-

¹²⁹⁵ Cass. crim., 3 mars 1998, n° 96-85.098, *Bull. crim.*, n° 81 ; *RJS* 1998. 749 ; *RTD com.* 1998. 959, obs. B. Bouloc ; *JCP G* 1998. 2567 ; *JCP E* 1998. 784 ; *D.* 1998. 121 ; *SSL* 1998, n° 885, p. 12 : « même lorsqu'il confie à un représentant le soin de présider le comité d'entreprise, le chef d'entreprise doit, lorsqu'il prend une mesure entrant dans les prévisions de l'article L. 432-1 du Code du travail, s'assurer de la consultation dudit comité sans pouvoir opposer l'argument pris d'une délégation de pouvoirs ».

¹²⁹⁶ J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Délit d'entrave*, Fasc. 15-92, LexisNexis, 2019, n° 137 : « dans les arrêts de 2007, la formule utilisée est particulièrement générale ("normes ressortissant du pouvoir de direction" du chef d'entreprise), si bien que les critères de distinction restent flous ».

¹²⁹⁷ R. SALOMON & A. MARTINEL, *Droit pénal social*, 5^e éd., Economica, 2019, n° 1087, p. 657 : « la Chambre criminelle établit ainsi une ligne de partage claire entre, d'une part, les infractions d'entrave, qui se rapportent aux aspects purement procéduraux de l'institution représentative du personnel - tels que l'établissement de l'ordre du jour des réunions et la transmission dans les délais impartis, de l'ensemble des documents utiles à l'information et à la consultation - infractions imputables au délégué habilité à présider et, d'autre part, les infractions qui restent rattachées au pouvoir de direction du délégué, telles que l'établissement de comptes sociaux incomplets ou la fourniture insuffisante aux élus de moyens matériels de travail, et plus généralement, ce qui se rattache à la compétence exclusive du comité » ; F. DUQUESNE, « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », *Dr. soc.* 2008. 449 : « Il y aurait donc lieu, à l'intérieur du processus décisionnel, de distinguer l'organisation générale des procédures qui permettent d'associer les élus du personnel au choix du dirigeant, des simples modalités techniques qui favorisent leur mise en œuvre ».

¹²⁹⁸ J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Délit d'entrave*, Fasc. 15-92, LexisNexis, 2019, n° 137 : « il s'agirait d'opérer une classification en deux temps : d'abord distinguer les mesures peu importantes qui ne nécessiteraient pas la consultation des instances représentatives du personnel de celles qui supposent le respect de cette obligation ; ensuite, au sein de celles-ci, déterminer ce qui pourrait être délégué ou non, ce qui n'a rien d'évident » (nous soulignons).

¹²⁹⁹ A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515.

consultation du comité social et économique serait en cause¹³⁰⁰. À la vérité, cette jurisprudence invite surtout à rechercher le détenteur du pouvoir décisionnel¹³⁰¹, en ce que ce pouvoir est à rattacher au « *pouvoir propre de direction* »¹³⁰² de l'employeur¹³⁰³. Malgré la présidence déléguée du comité social et économique, l'absence d'information-consultation, ou son irrégularité, ressortent du pouvoir de décision de l'employeur et lui restent imputables¹³⁰⁴. L'effectivité de la délégation de pouvoirs en sort « *affaiblie* »¹³⁰⁵. Le délégué est incité à contrôler l'action du délégataire, ce qui

¹³⁰⁰ J.-F. CESARO, « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », *Dr. soc.* 2005. 139 : « *le défaut de consultation peut être reproché au délégataire s'il porte sur une décision qu'il a prise personnellement ou, lorsque tel n'est pas le cas, dont il a été expressément et préalablement informé par l'employeur* » ; A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 810, p. 491 : « *C'est d'ailleurs dans la voie d'une plus large implication du délégataire que paraît à présent s'engager le juge criminel, y compris, désormais, lorsque sont en cause les prérogatives d'information-consultation du comité d'entreprise en matière économique* ».

¹³⁰¹ E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.* 2004. 937 : « *Il existerait ainsi un irréductible pouvoir de direction échappant à toute délégation sauf à nier la fonction même de chef d'entreprise et à considérer qu'elle est exercée, de fait, par un tiers* » ; R. SALOMON & A. MARTINEL, *Droit pénal social*, 5^e éd., Economica, 2019, n° 1087, p. 657.

¹³⁰² Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318, *Bull. crim.*, n° 126 ; *RSC* 2008. 349, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2008. 449, obs. F. Duquesne ; *RTD com.* 2008. 198, obs. B. Bouloc ; *RJS* 2007. 969 ; *JCP S* 2007. 1723, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2007. 1889 ; *Dr. pén.* 2007. 108, note J.-H. Robert ; *JCP G* 2007. 2279 ; Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86.027, *Bull. crim.*, n° 266 ; *RTD com.* 2008. 641, obs. B. Bouloc ; *RSC* 2008. 349, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2008. 449, obs. F. Duquesne ; *RJS* 2008. 307 ; *JCP E* 2007. 561 ; *JCP S* 2007. 577 ; *Dr. pén.* 2008. 23, note J.-H. Robert : « *le président de la société, même s'il a confié à un représentant le soin de présider les institutions représentatives du personnel, a engagé sa responsabilité personnelle, s'agissant de mesures ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs* ».

¹³⁰³ F. DUQUESNE, « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », *Dr. soc.* 2008. 449 : « *S'agissant des projets qui, par leur importance, exigent plus que la simple détention d'une fraction d'autorité, il semble évident que l'ensemble des consultations qui engagent l'avenir de l'entreprise ou de son organisation entrent dans le champ de la restriction jurisprudentielle* ».

¹³⁰⁴ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 153.113, p. 323 : « *Ainsi, de manière constante, la Chambre criminelle affirme que le fait pour le chef d'entreprise d'avoir délégué à un préposé le pouvoir de le représenter auprès d'une instance représentative du personnel, n'empêchent pas sa condamnation personnelle pour délit d'entrave en cas de manquement à son obligation de consulter ces instances pour certains projets* » ; A. COEURET, « Le délit d'entrave : comment poursuivre les infractions aux droits collectifs de représentation des salariés ? Quelle responsabilité pénale pour l'employeur dans une société selon sa localisation ? », *SSL* 2002, n° 1071, p. 68 : « *Le chef d'entreprise continuera donc de répondre éventuellement au côté de son délégataire, du défaut d'information ou de consultation pertinente sans que la délégation, sur ce point précis, produise à son bénéfice l'effet exonératoire qu'on lui connaît ordinairement* ».

¹³⁰⁵ F. SÈBE, *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme*, LexisNexis, 2014, n° 302, p. 101.

renforce la prévention de la violation des attributions du comité social et économique¹³⁰⁶.

181. Conclusion de paragraphe. L'incrimination d'entrave est omniprésente, tant en raison de l'élément matériel de l'infraction que de son élément moral. Il en résulte une responsabilité permanente de l'employeur pour laquelle l'effet exonératoire de la délégation de pouvoirs est inopérant. Par son omniprésence, le délit d'entrave apparaît comme une sanction efficace à prévenir la violation des attributions économiques du comité social et économique. Au vrai, la peine attachée au délit d'entrave peut faire douter d'une telle puissance.

§2. Le délitement du délit d'entrave

182. La vigueur du délit d'entrave pourrait n'être qu'apparente, car son délitement a eu lieu. Ce délitement tient d'abord à sa dépénalisation (I). Il tient aussi à la conventionnalisation accrue de la participation du comité social et économique, facteur potentiel d'éviction du délit (II).

I. La dépénalisation du délit d'entrave

183. Le mouvement général de dépénalisation. Le délit d'entrave accuse une dépénalisation progressive, facette d'une dépénalisation plus générale du droit du travail¹³⁰⁷. La répression pénale serait dépassée, et ce, pour des motifs variés¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶ A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. soc.* 1975. 396 : « *Menacer les chefs d'entreprise de les condamner pour des infractions commises par leurs subordonnés, c'est par conséquent inciter ceux, qui de leur propre initiative ne l'auraient pas fait, à exercer leur pouvoir d'organisation et de surveillance en vue d'obtenir le respect des prescriptions réglementaires. La justification des solutions de la jurisprudence criminelle procède en définitive essentiellement de cette vertu préventive* ».

¹³⁰⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2021, n° 85, p. 78 : « *La place à faire au droit pénal pour obtenir le respect des valeurs sociales est une question de politique criminelle. On peut parler de dépénalisation lorsque cette place s'amenuise. (...) Ce phénomène a été relevé en matière de droit du travail* ».

¹³⁰⁸ J. MICHEL, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817.

Certains auteurs estiment que la multiplication des sanctions pénales aboutit à la banalisation de la répression pénale¹³⁰⁹, laquelle serait vidée de sa dimension dissuasive¹³¹⁰. D'autres auteurs estiment opportun de réduire la répression pénale pour y substituer une répression d'une autre nature, telle une répression administrative¹³¹¹. D'aucuns défendent l'idée que la répression pénale ne doit être admise que pour les manquements les plus graves¹³¹². La violation des règles assurant la santé et la sécurité

¹³⁰⁹ J. MARTIN-MARTINIÈRE, « Le délit d'entrave. II », *Dr. soc.* 1979. 99 : « Être traduit en correctionnelle constituait pour l'honnête citoyen, il y a quelques années encore, une sorte d'infamie. J'ai le sentiment qu'il ne puisse en être de même aujourd'hui et qu'ainsi s'émousse la crainte révérentielle du citoyen à l'égard de la "faute" pénale » ; M. DE VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004, p. 58 : « Banalisée et déconsidérée, la sanction pénale perd son effet dissuasif » ; B. TEYSSIÉ, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2000. 940 : « Et si, à force de poursuites pénales trop aisément engagées, finit par s'affaiblir le poids de la condamnation sociale, un autre inconvénient jaillit : la norme pénale toute entière perd de sa force. La banalisation de la poursuite en réduit la portée en toutes circonstances ».

¹³¹⁰ *Rappr.* G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, p. 248 : « À punir ainsi sans mesure tous les faits contraires à la réglementation économique, le législateur court le risque d'habituer les esprits à ne voir dans la répression que le risque d'une opération innocente en elle-même. Il n'est pas un français qui, dans ces dernières années, ne se soit rendu coupable d'un délit impuni. Pour certains de ces délits, ceux qui sont poursuivis passent pour des maladroits et non pour des criminels. Il est toujours mauvais d'habituer les esprits à l'irrespect de la loi » ; Adde J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Droit pénal. Infractions. Constatation. Poursuite*, Fasc. 82-10, LexisNexis, 2020, n° 7 : « L'alourdissement du dispositif répressif engendre une banalisation du droit pénal, qui ne vise plus uniquement la protection des normes essentielles, mais s'étend à une multitude de dispositions, nombre d'entre elles étant des formalités administratives ».

¹³¹¹ M. DE VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004, p. 59 : « les sanctions peu appliquées ou inadaptées devraient être supprimées ou remplacées par des sanctions administratives ou civiles soit par des mesures préventives ».

¹³¹² G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317, spéc. p. 324 : « La sanction pénale ne doit être employée, sous peine de perdre son efficacité, que contre des agissements qui mettent vraiment en péril l'ordre public, et le progrès social se mesure au recul du droit pénal. Certes, la complication sans cesse croissante de la vie sociale, infiniment plus grande à l'heure actuelle qu'il y a un siècle, oblige perpétuellement les pouvoirs publics à créer des réglementations nouvelles dans des domaines où ne se posaient pas autrefois les mêmes problèmes de relations sociales. Mais ce stade n'est-il pas en partie dépassé en droit social ? N'est-il pas temps, aujourd'hui, d'essayer de "délester" le droit pénal du travail (...) ? » ; B. TEYSSIÉ, « Remarques sur le droit du travail », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 495, spéc. p. 498 : « L'appel à la sanction pénale devrait demeurer exceptionnel, frappant notamment les comportements qui - par suite de la violation des règles de sécurité - mettent en péril la vie ou la santé des salariés. Mieux cantonnée, elle pourrait être appliquée avec rigueur » ; C. CHASSANG, « La communication des administrations sur leur politique répressive : prendre modèle sur le droit pénal ? », *RSC* 2019. 55 : « Si l'on veut comprendre le droit pénal comme l'ultima ratio de la répression, l'idée est alors de ne conserver le droit pénal que pour les infractions les plus graves ».

des salariés est au nombre d'entre elles¹³¹³. La position est plus nuancée s'agissant de l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique : certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un manquement des plus graves justifiant la répression pénale¹³¹⁴, contrairement à d'autres¹³¹⁵. Le législateur s'est joint au débat en inscrivant son action dans un mouvement de « *dépénalisation du délit d'entrave* »¹³¹⁶.

184. Une dissociation des peines encourues selon l'entrave. Le code du travail dissocie l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique de celle à sa constitution¹³¹⁷. La première est sanctionnée d'une seule peine d'amende, tandis que la seconde l'est d'une peine d'amende assortie d'une peine d'emprisonnement d'un an¹³¹⁸. Cette dissociation est issue de la loi du 6 août 2015¹³¹⁹, laquelle s'est inscrite dans une réflexion sur la nature et le montant des peines encourues en cas d'entrave¹³²⁰. Avant cette loi, les peines étaient les mêmes selon qu'il était porté atteinte au

¹³¹³ B. TEYSSIÉ, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », *Dr. soc.* 2005. 127 : « *L'idée de réserver la sanction pénale aux circonstances dans lesquelles sont constatés des manquements aux normes fondamentales de la législation du travail, particulièrement à celles qui intéressent la santé et la sécurité des salariés, mériterait, pour le moins, réflexion dans les lieux d'où la norme jaillit* » ; B. TEYSSIÉ, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2000. 940.

¹³¹⁴ M. DE VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004, p. 60 : « *À terme, l'objectif serait de mieux cibler le recours au droit pénal et de ne conserver cet instrument que pour réprimer les comportements les plus graves, par exemple (...) le fait de mettre en danger la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des salariés, les atteintes portés aux droits fondamentaux des salariés, les entraves mises à l'exercice du droit syndical et du droit de grève ainsi qu'à la mise en place et au fonctionnement des institutions représentatives* » (nous soulignons) ; J. MICHEL, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817 ; J. FRAYSSE, *JOAN*, Compte rendu intégral, 3^e séance du 14 févr. 2015, p. 1733 : « *Le délit d'entrave est une infraction très grave qui revient à priver les salariés de leur expression collective et qui renforce évidemment le caractère inégalitaire de la relation de travail* ».

¹³¹⁵ B. TEYSSIÉ, « Remarques sur le droit du travail », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 495, spéc. p. 498.

¹³¹⁶ R. FERRAND, *Rapport n° 2970 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, Assemblée nationale, 2015, p. 5 ; C. PAUL, *JOAN*, Compte rendu intégral, 3^e séance du 14 févr. 2015, p. 1733 : « *Il y a la question du délit d'entrave et de son éventuelle dépénalisation* » (nous soulignons) ; *Contra* C. DEROCHE, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 1^{er} juill. 2015, p. 7182.

¹³¹⁷ A. CERF-HOLLENDER, *Répertoire de droit du travail. Droit pénal du travail*, Dalloz, 2018, n° 29.

¹³¹⁸ C. trav., art. L. 2317-1 : « *Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 €. Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 €* ».

¹³¹⁹ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 262, *JORF* n° 0181, 7 août 2015, texte n° 1.

¹³²⁰ A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 757, p. 453.

fonctionnement régulier ou à la constitution du comité social et économique¹³²¹. Plusieurs arguments ont été soulevés pour supprimer la peine d'emprisonnement en cas d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique¹³²².

185. L'argumentaire justifiant la suppression de la peine d'emprisonnement. Un argument d'attractivité économique a été soulevé : les investisseurs étrangers, effrayés par cette sanction, seraient dissuadés d'investir¹³²³. Un argument d'ineffectivité a aussi

¹³²¹ M.-C. AMAUGER-LATTES, *Répertoire de droit du travail. Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical*, Dalloz, 2022, n° 145 : « Avant 2015, tous les délits d'entrave étaient assortis des mêmes peines, soit un an d'emprisonnement et 3 750 € d'amende. Depuis la loi du 6 août 2015, au contraire, elles varient en fonction de la nature de l'entrave et du degré de gravité présumé de l'infraction ».

¹³²² Exposé des motifs, L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181, 7 août 2015, texte n° 1 : « les peines d'emprisonnement paraissent en effet disproportionnées et en réalité inefficaces. Elles sont en outre ressenties - à tort ou à raison - comme un risque dissuasif par la plupart de nos partenaires étrangers, investisseurs potentiels » ; R. SALOMON & A. MARTINEL, *Droit pénal social*, 5^e éd., Economica, 2019, n° 322, p. 191 : « l'emprisonnement encouru en cas d'atteinte à l'exercice régulier de ces institutions, qui jusqu'ici était rarement prononcé en pratique, est en principe supprimé, dans la mesure où il était apparu disproportionné, inefficace et ressenti comme un risque dissuasif pour les investisseurs potentiels étrangers ».

¹³²³ Étude d'impact, *Projet de loi pour la croissance et l'activité*, t. 3, 10 déc. 2014, p. 53 : « la modification des peines sanctionnant le délit d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel a vocation à envoyer un signal rassurant aux investisseurs étrangers qui seront plus incités à s'implanter sur le territoire national » ; E. MACRON, *JOAN*, Compte rendu intégral, 3^e séance du 14 févr. 2015, p. 1736 : « C'est le genre de règles inutiles et inappliquées qui envoient des signaux négatifs pour l'investissement en France et que le pragmatisme commande de supprimer, mais en montrant que cela n'enlève aucun droit, aucune protection au salarié ».

été avancé¹³²⁴, selon lequel la peine d'emprisonnement n'est jamais prononcée¹³²⁵. Combiner ces deux arguments est pourtant délicat¹³²⁶ : comment une peine jamais prononcée peut-elle dissuader les investisseurs étrangers ?¹³²⁷ L'argument de la gravité de l'entrave, selon lequel entraver le fonctionnement régulier du comité social et

¹³²⁴ Sur cet argumentaire, v. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 147 et s. : « On a trop vite oublié qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de "mauvaise conscience", qui s'oppose à des violations plus étendues. Au fond, ineffective aux yeux des juristes, elle demeure effective, partiellement effective pour le sociologue » ; C. ATIAS & D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977. 251 : « en présence d'une règle ineffective, le réflexe du juriste ne doit pas être de se soumettre à la pratique contraire. Il doit s'efforcer de comprendre celle-ci ; il doit se demander si la règle doit être maintenue, si elle doit être appliquée plus ou moins rigoureusement. Après ce jugement de valeurs, s'impose la recherche des moyens propres à permettre la réalisation de la fin choisie. Aucune passivité, aucun fatalisme ne sont ici de mise » ; Adde J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN & S. VERNAC, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche », *RDT* 2009. 631 : « l'écart entre le droit et le fait ne doit pas décontenancer ; il doit être compris. Pour ce faire, il faut se déprendre de la présentation classique de la réalisation du droit comme une opération d'application, opération simple, inscrite dans le jeu de la contrainte. La réalisation passe par des dispositifs aptes à traduire, dans les actions mêmes, les exigences normatives » ; Rappr. F. COLLIN & alii, *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Critique du droit, 1980, p. 62.

¹³²⁵ F. REBSAMEN, *JOAN*, Compte rendu intégral, 1^e séance du 26 janv. 2015, p. 263 : « La peine de prison pour entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel n'a plus de sens aujourd'hui : elle est disproportionnée par rapport à certains faits - par exemple, le non-respect des délais de transmission de certains documents - et n'est jamais appliquée par les juges. Elle a donc pour principal effet de dissuader les investisseurs étrangers de venir en France, sans remplir sa finalité première. Nous proposons donc de la supprimer et, à la place, de créer une amende effectivement applicable et réellement dissuasive, sans pour autant freiner l'investissement étranger. C'est aussi, en effet, l'attractivité de la France qui se joue là ».

¹³²⁶ *Comp.* E. MACRON, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 7 avr. 2015, p. 3134 : « Le projet de loi simplifie également des dispositions qui ne sont pas utilisées, mais qui nuisent à l'attractivité économique de notre pays, en particulier la peine de prison associée au délit d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Cette peine est disproportionnée, inefficace et très exceptionnellement appliquée ».

¹³²⁷ G. SEBAOUN, *JOAN*, Compte rendu intégral, 3^e séance du 14 févr. 2015, p. 1734 ; E. ASSASSI, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 6 mai 2015, p. 4513 ; J. DESESSARD, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 1^{er} juill. 2015, p. 7182 : « Il n'est pas possible de soutenir à la fois que les peines d'emprisonnement effraient les investisseurs et qu'elles sont inutiles. Si elles font peur, elles ont des résultats, et alors il faut les conserver ».

économique est moins grave qu'entraver sa constitution¹³²⁸, semble plus sérieux¹³²⁹. Sinon, la logique aurait conduit à supprimer la peine d'emprisonnement pour l'entrave à la constitution du comité social et économique¹³³⁰, ce qui n'a pas été le cas¹³³¹. Les débats parlementaires sont en ce sens, car l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique est présentée comme non intentionnelle, contrairement à l'entrave à sa constitution¹³³². La peine d'emprisonnement est donc jugée disproportionnée¹³³³. Seule une sanction financière est conservée pour l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique, son montant évoluant pour être rendu « *plus dissuasif* »¹³³⁴. De 3 750 euros, l'amende est définitivement fixée à 7 500 euros¹³³⁵. Malgré la valorisation du montant de l'amende, cette évolution est

¹³²⁸ J.-Y. CAULLET, *JOAN*, Compte rendu intégral, 3^e séance du 14 févr. 2015, p. 1739 : « *Nous maintiendrons la peine d'emprisonnement d'un an pour les délits les plus graves, qui sont l'atteinte à la constitution ou aux personnes constitutives de ces instances. Pour les seules entraves au fonctionnement, nous nous contenterons, si je puis dire, de doubler la peine d'amende en supprimant la peine de prison* ».

¹³²⁹ A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 758, p. 453 : « *Une telle différence de traitement se justifie, selon les auteurs de la loi, par l'inégale gravité des deux variétés de l'infraction. À la différence de l'entrave à la constitution de l'institution, celle qui affecte le fonctionnement de cette dernière peut être le fruit d'une simple inattention. Ainsi, derrière la prise en compte de l'objet des agissements que la loi tend à réprimer, se profile l'examen du comportement de la personne qui s'en rend auteur* » ; M.-C. AMAUGER-LATTES, *Répertoire de droit du travail. Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical*, Dalloz, 2022, n° 145 : « *Il est apparu nécessaire de maintenir la peine d'emprisonnement pour certaines formes d'entrave considérées plus graves* » ; Adde D. ROBILIARD, *JOAN*, Compte rendu intégral, 3^e séance du 14 févr. 2015, p. 1738.

¹³³⁰ P. ROZEC, « *Données économiques et responsabilité. Répression (dé)passée et responsabilisation pratique* », *JCP S* 2020. 2031 : « *le caractère intrinsèquement intentionnel de l'entrave portée à la mise en place a pu justifier la conservation de cette sanction, malgré tout (encore) perçue comme décourageante* ».

¹³³¹ C. DEROCHE, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 30 juin 2015, p. 7011 : « *la réforme du délit d'entrave, en conservant la peine de prison lorsque celui-ci porte sur la constitution d'institutions représentatives du personnel, demeure inaboutie et contraire aux engagements du Président de la République* » (nous soulignons).

¹³³² E. MACRON, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 6 mai 2015, p. 4515 : « *La réforme du délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel obéit à une logique qui prend en compte la dimension intentionnelle du délit. En effet, le Gouvernement a souhaité, et cela correspond à l'objectif même de la réforme, conserver la distinction entre ce qui est intentionnel et ce qui ne l'est pas. Ainsi, la peine relative au délit d'entrave n'est maintenue que si l'acte est intentionnel et la peine d'emprisonnement n'a été supprimée que dans les cas d'actes non intentionnels* » ; *Comp.* E. DIDIER, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 1^{er} juill. 2015, p. 7184.

¹³³³ E. MACRON, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 1^{er} juill. 2015, p. 7183 : « *Nous estimons, à raison, qu'il est disproportionné que des investisseurs étrangers opérant sur notre territoire sans volonté d'enfreindre le droit puissent, en vertu de la loi, se retrouver en prison parce qu'ils ont oublié, dans le cadre des règles de fonctionnement des instances représentatives, d'organiser une réunion, par exemple* ».

¹³³⁴ Exposé des motifs, L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181, 7 août 2015, texte n° 1.

¹³³⁵ C. trav., art. L. 2317-1, al. 2.

considérée favorable au prévenu, puisque la Cour de cassation en a fait une application rétroactive *in mitius*¹³³⁶.

186. Les fonctions de la loi pénale. Cette évolution législative ébranle les fonctions de la loi pénale, celle-ci ayant classiquement une double fonction répressive et préventive¹³³⁷. La première agit sur le passé et sanctionne le trouble porté à l'ordre public¹³³⁸. La seconde agit sur l'avenir et recèle une dimension dissuasive¹³³⁹ : elle

¹³³⁶ Cass. crim., 26 janv. 2016, n° 13-82.158, *Bull. crim.*, n° 18 ; *Dr. soc.* 2016. 665, obs. R. Salomon ; *RJS* 2016. 258 ; *BJS* 2016, n° 4, p. 200, note B. Saintourens ; *Cah. soc.* 2016, n° 285, p. 256 ; *JCP G* 2016. 253 ; *JCP S* 2016. 247 ; *SSL* 2016, n° 1725, p. 8, note A. Coeuret & F. Duquesne : « *Attendu que les dispositions d'une loi nouvelle s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ; Attendu que, si les juges avaient la faculté de prononcer contre M. X... et M. Y... une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis, en vertu de l'article L. 2328-1 du code du travail, dans sa version alors applicable, ce texte, modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a supprimé, en matière d'entrave au fonctionnement régulier d'un comité d'entreprise ou d'un comité central d'entreprise, la peine d'emprisonnement ; D'où il suit que l'annulation est encourue de ce chef ; qu'elle sera limitée à la peine d'emprisonnement prononcée, toutes autres dispositions étant expressément maintenues* ».

¹³³⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2021, n° 519, p. 460 : « *Toute loi pénale, de manière générale, s'efforce de prévenir l'action socialement dangereuse qu'elle définit, et, à défaut, de punir celui qui l'a commise* » ; M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales* 2005, n° 127, p. 22.

¹³³⁸ J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Droit pénal. Infractions. Constatation. Poursuite*, Fasc. 82-10, LexisNexis, 2020, n° 12 : « *La première fonction du droit pénal est répressive : la peine sert à punir les faits les plus gravement contraires à l'ordre public. La gravité des comportements impose une réponse sévère de la société afin de calmer le trouble et d'ôter toute justification aux velléités de vengeance privée. Cet usage de la peine est tourné vers le passé. Il apparaît de manière évidente dans les infractions protégeant des valeurs fondamentales comme la vie, l'intégrité physique ou protégeant des valeurs sociales, tels les biens* ».

¹³³⁹ L. GAMET, « Critique du droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2014. 446 : « *L'omniprésence du droit pénal du travail est à rechercher dans la fonction qui lui est attribuée. Il serait une nécessité pour "éviter que la résistance ou la subtilité des employeurs ne ruine l'efficacité des règles d'ordre public". Ce serait ainsi sa fonction que de dissuader les employeurs de contrevenir aux règles qui s'imposent à eux, fonction au demeurant bien classique en droit pénal, dont l'objet est précisément de "prévenir par la menace, et au besoin de réprimer par l'application d'une sanction, les actions ou omissions de nature à troubler l'ordre social"* » ; *Rappr.* G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 9, p. 27 : « *Les règles de droit ne sont pas fondées sur la simple constatation des faits sociaux ; elles ont pour objet, connaissant ces faits, de les classer et de diriger les hommes. Elles doivent régler les conséquences des actes déclarés illicites, les interdire et les réprimer. Le juriste ne constate pas, comme le sociologue, il dirige et ordonne ou tout au moins dit comment il faut diriger. Il s'agit de maintenir l'ordre et la paix dans la société, l'ordre qui est établi et la paix qui en résulte* ».

empêche la réitération du comportement incriminé¹³⁴⁰. Le délit d'entrave jouait ce double rôle « *punitif et normatif* »¹³⁴¹. Il y avait un « *effet d'intimidation* »¹³⁴² à respecter la loi pénale¹³⁴³. Cette fonction du délit d'entrave a été balayée par la suppression de la peine d'emprisonnement en cas d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique, laquelle jouait cette fonction préventive¹³⁴⁴. Une simple amende n'y parvient pas¹³⁴⁵. Elle est sujette aux calculs rationnels en raison de

¹³⁴⁰ D. FABRE & D. GATUMEL, « L'information et la consultation du comité d'entreprise. Le défaut d'information ou de consultation du comité », *JCP E* 1992. 320 : « *La finalité première de la répression, outre la sanction, est de prévenir le futur en stigmatisant le présent, mais ne résout pas celui-ci* » ; J. VIDAL, *JurisClasseur Travail Traité. Droit pénal. Infractions. Constatation. Poursuite*, Fasc. 82-10, LexisNexis, 2020, n° 13 : « *La fonction préventive est inhérente à la peine qui suscite la crainte et rappelle à l'honnêteté. Cette fonction est tournée vers l'avenir : il s'agit d'empêcher qu'une personne commette un acte contraire à l'ordre public. C'est une vision dirigiste du droit car il s'agit d'orienter les comportements, qu'il s'agisse positivement d'en imposer ou, négativement, d'en interdire* ».

¹³⁴¹ A. COEURET, « Le délit d'entrave : comment poursuivre les infractions aux droits collectifs de représentation des salariés ? Quelle responsabilité pénale pour l'employeur dans une société selon sa localisation ? », *SSL* 2002, n° 1071, p. 68.

¹³⁴² J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. soc.* 1975. 375 ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1897, p. 828 : « *Même si les poursuites, a fortiori les condamnations, sont en pratique peu nombreuses par rapport au nombre d'infractions relevées, le dispositif établi constitue un instrument de dissuasion qui peut se révéler d'autant plus redoutable que la réunion des éléments de l'infraction est aisément admise par le juge* ».

¹³⁴³ G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317, spéc. p. 330 : « *le but du législateur, lorsqu'il a établi ces sanctions pénales, n'était pas tellement d'exercer son pouvoir répressif, mais plutôt de menacer et d'obtenir un effet dissuasif afin que les prescriptions nouvelles posées soient observées* » ; A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. soc.* 1975. 396 : « *Afin de renforcer son effectivité, le législateur assortit fréquemment la loi sociale de sanctions pénales qui par leur gravité même représentent une menace de nature à inciter les intéressés à la respecter* ».

¹³⁴⁴ B. ROMAGNAN, *JOAN*, Compte rendu intégral, 3^e séance du 14 févr. 2015, p. 1737 : « *Bien que prononcées rarement, les peines et les sanctions applicables conservent un caractère dissuasif nécessaire et utile* » ; A. DAVID, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 7 avr. 2015, p. 3174 : « *Certes, cette peine n'avait jamais été utilisée. Pour autant, elle comportait une force dissuasive réelle et envoyait un message fort* ».

¹³⁴⁵ E. ASSASSI, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 6 mai 2015, p. 4512 : « *Une telle condamnation, coûteuse en termes d'image, est en quelque sorte une épée de Damoclès, qui pèse sur les dirigeants de manière beaucoup plus sensible qu'une simple amende financière. Du reste, c'est précisément parce que les peines encourues sont suffisamment dissuasives que le délit d'entrave est peu sanctionné. Nul doute que celui-ci deviendra beaucoup plus fréquent si les employeurs n'encourent pas qu'une amende. Nous savons bien que certaines entreprises préfèrent parfois payer plutôt que de se conformer à leurs obligations légales : l'exemple de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés est éloquent en la matière* ».

son faible montant¹³⁴⁶. La conception tarifaire de la règle de droit peut normaliser sa violation et emporter avec elle la valeur que la règle protégeait¹³⁴⁷.

187. Une rationalité calculatrice au service de l'entrave : la faute lucrative. Cette conception tarifaire du délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique rejaillit sur la vigueur de sa prévention. Adaptant la logique de l'analyse économique du droit, notamment de sa théorie de la violation efficace du contrat (*efficient breach of contrat*)¹³⁴⁸, l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique peut faire l'objet d'un calcul économique¹³⁴⁹. Une violation efficace de la loi (*efficient breach of law*) peut s'ensuivre¹³⁵⁰. À titre d'illustration, entre le risque de divulgation d'informations confidentielles par le comité social et économique et le risque d'un délit d'entrave, le second peut finalement être moins coûteux¹³⁵¹. L'hypothèse rejoint celle de la faute lucrative, laquelle se définit par un calcul

¹³⁴⁶ A. COEURET & E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *RSC* 2000. 25 : « *on peut douter de l'impact de la sanction financière sur le condamné pour deux raisons. Le premier motif de scepticisme est relatif au montant modéré des amendes prononcées. Le second tient à la prise en charge fréquente, par l'entreprise, de manière légale ou illégale, de l'amende normalement supportée par la personne physique déclarée responsable* ».

¹³⁴⁷ Rappr. M. GRÉVY & P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013. 173 : « *la forfaitisation donne corps à une conception tarifaire de la violation de la règle, qui normalise l'acte illicite et amplifie le risque de sa violation programmée. Excluant toute réflexion sur l'exercice du pouvoir patronal, elle s'inscrit dans une logique d'instrumentalisation de la règle comme sanction attachée à sa violation* ».

¹³⁴⁸ G. BARGAIN, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014, n° 147, p. 54.

¹³⁴⁹ P. MORVAN, « À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140, spéc. p. 154 : « *Le quantum ridicule de l'amende correctionnelle incite les dirigeants à privilégier le succès de l'opération économique et assumer le risque pénal. D'une manière générale, nombre d'employeurs reçoivent du système institutionnel la récompense de la violation de la loi lorsque les contrôles et poursuites sont rares statistiquement* ».

¹³⁵⁰ R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *LPA* 2005, n° 14, p. 53 : « *On se trouve en effet par hypothèse devant des "infractions lucratives" qui peuvent, malgré les condamnations encourues, laisser à leur auteur une marge bénéficiaire telle qu'il n'a pas de raison de cesser de commettre l'infraction* » ; G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009. 2944 : « *on constate que le principe de "légalité des délits et des peines" fait obstacle, dans certains domaines, à son efficacité, soit parce que certaines des fautes commises ne sont pas incriminées pénalement, soit parce que les peines prévues par la loi se révèlent insuffisantes pour dissuader les auteurs des activités les plus lucratives* ».

¹³⁵¹ J.-E. RAY, « Protéger l'information, aujourd'hui et demain », *Dr. soc.* 2013. 111 : « *Nul ne peut ignorer l'interaction prévisible entre le niveau d'information des représentants du personnel et les risques de divulgation d'informations confidentielles. Si le chef d'entreprise craint des dérives, sa religion sera vite faite car entre deux risques (y compris pour son propre poste), il faut choisir le moindre : en termes de gestion économique des risques juridiques, un très éventuel délit d'entrave sera moins coûteux* » ; Adde P. MORVAN, « À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140, spéc. p. 154 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 875, p. 873.

bénéfices-risques¹³⁵². Une faute est lucrative lorsque le bénéfice tiré de sa commission excède la peine attachée à la violation de la règle¹³⁵³. L'auteur de la faute tire de l'activité dommageable un « *profit supérieur à la condamnation encourue* »¹³⁵⁴. Consacrée en droit maritime¹³⁵⁵, elle a ensuite été envisagée dans diverses branches du droit : droit des personnes¹³⁵⁶, droit de la concurrence¹³⁵⁷, droit pénal¹³⁵⁸, droit de la propriété intellectuelle¹³⁵⁹ et des transports¹³⁶⁰... Sa reconnaissance en droit du travail est sans doute à venir. Deux éléments caractérisent la faute lucrative : une faute et un gain¹³⁶¹. La faute, civile ou pénale, est toujours intentionnelle¹³⁶². Quant au gain, il est apprécié largement : un bénéfice, une économie, un avantage concurrentiel sont de nature à le caractériser¹³⁶³. L'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique pourrait présenter les traits de la faute lucrative lorsqu'une décision de l'employeur générant un montant supérieur à 7 500 euros ne serait pas soumise à l'information-consultation du comité social et économique¹³⁶⁴. La faute intentionnelle

¹³⁵² R. MÉSA, *Les fautes lucratives en droit privé*, Thèse, Université du Littoral, 2006.

¹³⁵³ N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, Thèse, Paris V, 2015, n° 198, p. 188 et s.

¹³⁵⁴ A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, n° 8, p. 4.

¹³⁵⁵ P. DELEBECQUE, *Droit maritime*, 14^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2020, n° 697, p. 525.

¹³⁵⁶ P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 22^e éd., LexisNexis, 2022, n° 393, p. 373.

¹³⁵⁷ G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, 2020.

¹³⁵⁸ D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27 : « Depuis toujours, le droit pénal tend, quant à lui, à prévenir les fautes lucratives ».

¹³⁵⁹ M. VIVANT, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009. 1839.

¹³⁶⁰ G. VINEY, « L'appréciation du préjudice », *LPA* 2005, n° 99, p. 89 : « En pratique, la faute lucrative peut se manifester à l'occasion d'activités assez diversifiées. Outre les actes de concurrence déloyale ou de parasitisme et les atteintes aux droits de la personnalité par voie de presse, elle peut prendre la forme d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle, notamment les brevets et les marques, ainsi que d'inexécutions contractuelles délibérées, comme, par exemple, la pratique du surbooking dans le transport aérien ».

¹³⁶¹ D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27 ; R. MÉSA, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* 2012, n° 41, p. 5 : « La faute lucrative doit ainsi être définie comme la faute qui est génératrice d'un gain ou d'une économie pour son auteur, complémentairement ou indépendamment du préjudice qu'elle provoque ».

¹³⁶² G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009. 2944.

¹³⁶³ D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27 : « On aurait tort de ne prendre en considération que le seul gain monétaire, qu'il s'agisse d'un bénéfice ou d'une économie. Le caractère lucratif de la faute peut, en effet, recouvrir un nombre bien plus grand d'hypothèses ».

¹³⁶⁴ C. trav., art. L. 2317-1 : « Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 €. Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 € ».

serait caractérisée¹³⁶⁵, tout comme le gain qui consisterait à s'affranchir des contraintes liées à la participation du comité social et économique.

II. L'éviction du délit d'entrave

188. L'éviction du délit d'entrave par la conventionnalisation. Depuis 1982¹³⁶⁶, la sanction pénale de la violation d'une disposition conventionnelle est soumise aux conditions de l'article L. 153-1 du Code du travail, devenu l'article L. 2263-1 du même code¹³⁶⁷. Cette disposition prévoit que lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause¹³⁶⁸. Faute de remplir ces conditions, la Cour de cassation a considéré que la violation d'une obligation conventionnelle n'était pas susceptible de faire l'objet d'une qualification pénale¹³⁶⁹. Cette interprétation du texte s'est maintenue¹³⁷⁰, ce qui limite

¹³⁶⁵ A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515 : « *Se refusant à déterminer quelle est la conscience personnelle de l'agent, le juge raisonne essentiellement en fonction de ce que celui-ci devait savoir ou ne pouvait pas ne pas savoir* ».

¹³⁶⁶ L. n° 82-957 du 13 nov. 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, art. 9, *JORF* n° 0265, 14 nov. 1982, p. 3414.

¹³⁶⁷ R. SALOMON & A. MARTINEL, *Droit pénal social*, 5^e éd., Economica, 2019, n° 361, p. 216 et s. ; A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 761, p. 455 et s.

¹³⁶⁸ C. trav., art. L. 2263-1 : « *Lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause* ».

¹³⁶⁹ Cass. crim., 4 avr. 1991, n° 89-84.270, *Bull. crim.*, n° 164 ; *JCP E* 1991. 213, note O. Godard ; *Dr. ouvr.* 1991. 313, note N. Alvarez-Pujana ; *RSC* 1991. 783, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 1991. 614 : « *Mais attendu que, la représentation syndicale n'ayant pas été instituée en l'espèce par une convention ou un accord collectif étendu, en vertu d'une disposition expresse dans une matière déterminée, comme le prévoit l'article L. 153-1 susvisé du Code du travail, la méconnaissance des dispositions conventionnelles invoquées, si elle pouvait donner lieu le cas échéant à des recours civils, n'était susceptible de recevoir aucune des qualifications pénales visées par la prévention* » (nous soulignons).

¹³⁷⁰ Cass. crim., 19 juin 2012, n° 11-84.884, *Bull. crim.*, n° 154 ; *D.* 2012. 2029 ; *Dr. soc.* 2012. 1067, obs. J. Mouly ; *JCP G* 2012. 932 ; *JCP S* 2012. 1466, note E. Jeansen ; *JCP E* 2012. 1751, note M.-C. Amauger-Lattes ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 243, p. 26 ; *RJS* 2013. 63 ; Cass. crim., 5 mars 2013, n° 11-83.984, *Bull. crim.*, n° 59 ; *RDT* 2014. 54, obs. S. Frossard ; *Dr. soc.* 2013. 626, obs. R. Salomon ; *D.* 2013. 2599, obs. P. Lokiec ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 80, p. 27 ; *Cah. soc.* 2013, n° 252, p. 175, note F. Canut ; *JCP E* 2013. 1589, note M.-C. Amauger-Lattes ; *JCP S* 2013. 1197, note F. Duquesne ; *RJS* 2013. 459 ; *SSL* 2013, n° 1577, p. 15.

la sanction pénale de la violation d'une obligation conventionnelle¹³⁷¹. Depuis 2017¹³⁷², la participation du comité social et économique est largement tributaire de l'accord collectif d'entreprise¹³⁷³. Mais la violation de l'accord ne répond pas aux conditions de l'article L. 2263-1 du Code du travail¹³⁷⁴. L'accord n'est pas étendu et ne déroge pas à une disposition légale¹³⁷⁵. Selon un auteur, faute d'incrimination spéciale, un rétrécissement du champ de la répression du délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique peut s'ensuivre¹³⁷⁶. Modifier cette lacune du texte s'imposerait¹³⁷⁷.

189. L'absence d'éviction du délit d'entrave par la conventionnalisation. D'autres auteurs considèrent au contraire que l'article L. 2263-1 du Code du travail ne fait pas échec à la répression pénale du délit d'entrave en cas de violation d'une disposition conventionnelle intéressant les attributions du comité social et économique¹³⁷⁸. La

¹³⁷¹ J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 903, p. 350.

¹³⁷² Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 3.

¹³⁷³ B. GAURIAU, « L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1204 ; Y. FERKANE, « La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE », *Dr. ouvr.* 2019. 446 ; Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235.

¹³⁷⁴ J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 900, p. 348 ; M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 747, p. 617.

¹³⁷⁵ M.-C. AMAUGER-LATTES, *Répertoire de droit du travail. Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical*, Dalloz, 2022, n° 63 : « ces conditions ne sont généralement pas réunies. Tout d'abord, le caractère supplétif de la loi exclut l'existence d'une "dérogation autorisée par une disposition législative expresse dans une matière déterminée". Ensuite, les règles régissant le comité social et économique sont définies, non pas par accord de branche étendu, mais par accord d'entreprise ».

¹³⁷⁶ M.-C. AMAUGER-LATTES, *Répertoire de droit du travail. Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical*, Dalloz, 2022, n° 63 : « Faute d'incrimination spéciale, il en résulte un rétrécissement du champ de la répression ».

¹³⁷⁷ Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235 : « Sans conteste, une réforme s'impose. Une question prioritaire de constitutionnalité, sur le fondement du principe de nécessité voire du principe d'égalité devant la loi pénale devrait pouvoir condamner l'incohérence de cette immunité pénale » ; Comp. L. GAMET, « Le droit pénal conventionnel », *Dr. soc.* 2023. 239.

¹³⁷⁸ *Rappr.* A. DUPAYS & J.-R. LE MEUR, « Accord de méthode : mode d'emploi », *SSL* 2004, n° 1152, p. 33.

répression serait possible sur le fondement de l'article L. 2317-1 du Code du travail¹³⁷⁹ ; l'article L. 2263-1 du même code serait indifférent¹³⁸⁰. Cette thèse semble plus en phase avec l'esprit d'origine de la loi, laquelle avait pour but d'empêcher qu'il soit échappé à la sanction pénale par la conclusion d'accords collectifs¹³⁸¹. L'objectif de la loi était d'éviter tout « *privilège pénal* »¹³⁸². Le Conseil constitutionnel l'avait entendu ainsi¹³⁸³. Considérer l'inverse aujourd'hui serait contraire à l'esprit de la loi¹³⁸⁴. La directive européenne du 11 mars 2002 s'y opposerait aussi : si la conclusion d'accords collectifs est favorisée¹³⁸⁵, il est prévu que les sanctions attachées à la violation des attributions du comité social et économique doivent être « *effectives, proportionnées et*

¹³⁷⁹ C. trav., art. L. 2317-1 : « *Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 €. Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 €* ».

¹³⁸⁰ A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 764, p. 457 ; *Comp.* M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 723, p. 600, l'auteur estimant que la disposition spéciale de l'article L. 2263-1 du Code du travail doit l'emporter sur l'incrimination générale de l'article L. 2317-1 du même code.

¹³⁸¹ J. AUROUX, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 25 juin 1982, p. 3891 : « *Dans le souci d'accroître le dynamisme et de développer le contenu des conventions collectives, nous avons prévu la possibilité de dispositions dérogatoires, sous certaines conditions, de façon à assurer une certaine souplesse. Mais nous ne devons pas pousser le raisonnement trop loin : ceux qui bénéficient de cette première souplesse ne doivent pas être exclus des sanctions prévues par la loi* » (nous soulignons).

¹³⁸² M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 747, p. 617.

¹³⁸³ Cons. const., 10 nov. 1982, n° 82-145 DC, consid. 5, *Rec. Cons. const.* 1982. 64 ; *Dr. soc.* 1983. 155, obs. L. Hamon ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, p. 197, note P. Avril & J. Gicquel ; *RDP* 1983. 333, obs. L. Favoreu : « *Considérant que, loin de violer le principe de l'égalité devant la loi, les dispositions en question en assurent au contraire l'exacte application ; qu'en effet, en l'absence de telles dispositions, les personnes valablement soustraites dans les conditions visées par la loi à l'application du droit commun par l'effet de clauses dérogatoires se verraient exempter de toute répression pénale en cas de manquement aux obligations résultant desdites clauses et bénéficieraient ainsi, par rapport aux personnes soumises au droit commun, d'un privilège pénal dont on chercherait vainement la justification* ».

¹³⁸⁴ A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 568, p. 331 : « *La question des rapports entre la sanction pénale et la source conventionnelle du droit du travail mérite aujourd'hui d'être examinée également à la lumière des dispositions mettant sur le même plan, en matière de représentation du personnel, solutions négociées et prescriptions légales subsidiaires. L'exemple topique a d'abord été fourni par l'article L. 2346-1 du Code du travail relatif à l'entrave apportée à la mise en place et au fonctionnement du comité d'entreprise européen. Mais un plus vaste champ s'offre désormais à la sanction pénale des stipulations conventionnelles portant sur les instances de représentation du personnel depuis que le législateur a rendu systématique la pratique de la négociation de leur organisation ainsi que de leur fonctionnement* ».

¹³⁸⁵ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 5, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

dissuasives »¹³⁸⁶. L'inexistence du délit d'entrave en cas de violation d'une disposition conventionnelle intéressant les attributions du comité social et économique serait incompatible avec cette exigence.

190. Conclusion de paragraphe. Si le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique est omniprésent, sa vigueur peut être contestée. Ce délit accuse une dépénalisation progressive, laquelle rend désuet le caractère dissuasif de la peine qui y est attachée. Le délit d'entrave se délite dans sa fonction de prévention de la violation des attributions du comité social et économique.

191. Conclusion de section. Le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique est en déclin. Malgré son omniprésence, la vigueur du délit est victime d'une dépénalisation qui altère sa dimension préventive. La suppression de la peine d'emprisonnement altère la protection de la participation du comité social et économique. L'avènement d'une répression administrative de l'entrave doit être envisagé.

¹³⁸⁶ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 8, § 2, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

Section 2. L'avènement d'un manquement administratif

192. Dans les réformes récentes du droit du travail, la répression administrative est croissante. Elle n'appréhende toutefois pas la représentation du personnel. L'extension de son domaine à la violation des attributions du comité social et économique s'avèrerait pertinente (§1). Elle garantirait la participation du comité social et économique (§2).

§1. L'hypothèse d'une répression administrative

193. La répression pénale de l'entrave ne dissuade plus l'employeur de sa commission. Lui substituer une répression administrative est envisageable, à condition d'étendre son champ d'intervention à la représentation du personnel (**I**). La répression administrative est gage de célérité et de technicité : elle s'avère adaptée pour sanctionner la violation des attributions du comité social et économique (**II**).

I. Un angle mort de la répression administrative

194. L'essor progressif de la répression administrative en droit du travail. Face aux lacunes de la répression pénale, certains auteurs avaient soulevé l'idée d'une

répression administrative¹³⁸⁷. Le droit pénal n'a jamais eu le monopole de la répression¹³⁸⁸ : le droit répressif extra-pénal peut se prévaloir d'une ancienneté certaine¹³⁸⁹. Certains pans du droit s'en étaient fait l'écho : droit fiscal, droit de la concurrence, droit boursier, droit de l'audiovisuel, droit de la consommation¹³⁹⁰... En droit du travail, cette répression a d'abord été admise de façon exceptionnelle¹³⁹¹, essentiellement en matière de travail illégal¹³⁹². Elle s'est, depuis, considérablement étendue¹³⁹³. La loi du 10 juillet 2014 a amorcé le mouvement en étendant significativement la répression administrative en droit du travail¹³⁹⁴. Elle a été suivie

¹³⁸⁷ J. MICHEL, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817 : « Si la sanction pénale est historiquement apparue comme la seule à même d'assurer la protection efficace de la partie la plus faible au contrat de travail, le temps paraît aujourd'hui venu de sortir de cette logique du "tout pénal", qui a de surcroît amplement montré ses limites, et de privilégier un autre mode de régulation en développant le recours à des mesures administratives ayant pour finalité autant la coercition et, par conséquent, la prévention (mises en demeure assorties d'astreintes, arrêts temporaires d'activité), que la répression proprement dite (amende administrative) » ; M. DE VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004, p. 59 : « les sanctions peu appliquées ou inadaptées devraient être supprimées ou remplacées par des sanctions administratives ou civiles soit par des mesures préventives » ; J. BESSIÈRE, *L'inspection du travail*, Rapport à Monsieur le Ministre Délégué aux Relations du Travail, 2005, n° 35, p. 5 ; T. KAPP, « Le renforcement du rôle de surveillance et de sanction de l'inspection du travail », *SSL* 2015, n° 1696, p. 10 : « Le souhait d'élargir les prérogatives de l'inspection du travail et surtout l'appel à la création de sanctions administratives en matière d'application du droit du travail était ancien et avait été répété à de nombreuses reprises » ; Adde G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317, spéc. p. 325 et s. ; *Comp.* J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. soc.* 1975. 375.

¹³⁸⁸ X. PRÉTOT, « Le droit répressif non pénal (droit du travail et de la protection sociale) », *Dr. soc.* 2000. 964 : « De longue date, la répression des comportements jugés contraires à la norme s'est exercée, en effet, en dehors des strictes frontières du droit pénal ».

¹³⁸⁹ X. PRÉTOT, « Le droit répressif non pénal (droit du travail et de la protection sociale) », *Dr. soc.* 2000. 964 : « Le droit répressif non pénal peut s'autoriser d'origines fort anciennes : le juge (a fortiori le juge pénal) n'a jamais eu le monopole de la répression, nombre d'autorités, publiques ou privées, disposant de pouvoirs de sanction, parfois étendus, pour réprimer les atteintes à l'ordre social ».

¹³⁹⁰ A. MARTINON, « La sanction extra-pénale dans le droit des relations de travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 96, spéc. p. 97.

¹³⁹¹ T. KAPP, « Le renforcement du rôle de surveillance et de sanction de l'inspection du travail », *SSL* 2015, n° 1696, p. 10 : « Il est vrai que la voie de la sanction administrative n'était pas totalement inexistante, mais elle était fort limitée, puisque concentrée sur les infractions de travail illégal, renvoyant à une multitude d'acteurs, sans application importante jusqu'à présent et sur le non-respect des obligations de négociation ou de définition de plans d'action en matière d'égalité professionnelle ».

¹³⁹² Circ. interministérielle du 28 nov. 2012 relative aux sanctions administratives suite à procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

¹³⁹³ L. GAMET, « Inspection du travail et répression », *Dr. soc.* 2017. 439 : « La répression administrative a pris ces dernières années une importance notable en droit du travail » ; L. GAMET, « Droit répressif du travail : coordination du ministère public et de l'administration du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 6.

¹³⁹⁴ L. n° 2014-790 du 10 juill. 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, *JORF* n° 0159, 11 juill. 2014, texte n° 3.

de la loi du 6 août 2015, laquelle a instauré un mécanisme de sanction administrative en matière de détachement et a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures d'extension et de coordination des différents modes de sanction¹³⁹⁵. L'ordonnance du 7 avril 2016 a ponctué cette progression en systématisant ces évolutions et en renforçant l'inspection du travail, chargée de les faire respecter¹³⁹⁶. L'ordonnance a institué un « *droit commun de la répression administrative en droit du travail* »¹³⁹⁷.

195. Le comité social et économique : angle mort de la répression administrative.

Les services d'inspection du travail doivent s'assurer de l'implantation et du fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel¹³⁹⁸. Mais ces domaines constituent un angle mort de la nouvelle répression administrative. Travail dissimulé, emploi d'étranger sans titre, prêt illicite de main d'œuvre, violation des règles du détachement, manquements à certaines dispositions sur la durée du travail ou des salaires, sont au nombre des domaines où les sanctions administratives émergent¹³⁹⁹. La représentation du personnel est la grande absente des dernières réformes¹⁴⁰⁰, alors que le renforcement des prérogatives de l'inspection du travail aurait pu conduire à l'intégrer dans ce nouvel arsenal répressif¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁵ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 261, *JORF* n° 0181, 7 août 2015, texte n° 1 : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi et modifiant le code de procédure pénale, le code rural et de la pêche maritime, le code des transports et le code du travail afin de : 1° Renforcer le rôle de surveillance et les prérogatives du système d'inspection du travail, étendre et coordonner les différents modes de sanction et, en matière de santé et de sécurité au travail, réviser l'échelle des peines ».

¹³⁹⁶ Ord. n° 2016-413 du 7 avr. 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, *JORF* n° 0083, 8 avr. 2016, texte n° 20.

¹³⁹⁷ A. COEURET & D. JONIN, « Punir sans juger en droit du travail ? À propos de l'ordonnance 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail », *RJS* 2016. 555.

¹³⁹⁸ J. BESSIÈRE, *L'inspection du travail*, Rapport à Monsieur le Ministre Délégué aux Relations du Travail, 2005, pt. 1.1, p. 10.

¹³⁹⁹ Instr. DGT n° 2016/03 du 12 juill. 2016 sur la mise en œuvre de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avr. 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, pt. 3.

¹⁴⁰⁰ Y. CALVEZ & P. AUVERGNON, « Réformer l'inspection du travail ? », *RD* 2014. 229.

¹⁴⁰¹ P. AUVERGNON, « Un coucou dans le nid de la loi Macron ? De nouvelles prérogatives pour l'inspection du travail », *Dr. soc.* 2015. 826.

196. Le cumul possible des sanctions pénales et administratives. Le privilège conféré au parquet n'aurait nullement été remis en cause¹⁴⁰², celui-ci bénéficiant toujours d'une « *priorité procédurale* »¹⁴⁰³. L'existence d'une sanction pénale réprimant le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique n'empêchait pas non plus l'introduction de sanctions administratives¹⁴⁰⁴. Les cas de cumul de sanctions sont déjà pléthoriques¹⁴⁰⁵, une circulaire ayant même pour but de faciliter leur coordination¹⁴⁰⁶. Le choix de la voie pénale ou administrative de la poursuite aurait répondu à certains critères¹⁴⁰⁷, dont celui de la gravité ou de la récidive¹⁴⁰⁸. Aujourd'hui, l'application de ces critères rend la répression pénale de

¹⁴⁰² C. trav., art. L. 8115-1, al. 1 : « *L'autorité administrative compétente peut, sur rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1, et sous réserve de l'absence de poursuites pénales, soit adresser à l'employeur un avertissement, soit prononcer à l'encontre de l'employeur une amende en cas de manquement* » (nous soulignons).

¹⁴⁰³ A. COEURET & D. JONIN, « Punir sans juger en droit du travail ? À propos de l'ordonnance 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail », *RJS* 2016. 555 : « *une priorité procédurale est ainsi expressément ménagée en faveur du parquet, qui a opté pour la voie répressive classique, ce qui induit la paralysie de toute autre voie simplement envisagée ou même engagée* » ; P. AUVERGNON & T. KAPP, « Des nouveaux rapports du système d'inspection du travail avec le parquet et les juges », *Dr. soc.* 2017. 657.

¹⁴⁰⁴ A. COEURET & F. DUQUESNE, « La pratique de l'amende administrative en droit du travail », *JCP S* 2016. 1327 : « *les voies administratives et judiciaires de la sanction, à l'instar de la matière fiscale, se suivent dans un clair rapport de complémentarité en présence des manquements les plus graves soumis à une réglementation "poursuivant des finalités communes à la fois dissuasive et répressive"* ».

¹⁴⁰⁵ V. not. C. trav., art. L. 4741-3-1, L. 4752-1, R. 4743-3, R. 4743-4, L. 4753-1 et L. 4753-2.

¹⁴⁰⁶ Circ. du 18 juill. 2016 du droit pénal du travail, *BOMJ* n° 2016-07, 29 juill. 2016 ; *Adde Instr. DGT* n° 2016/03 du 12 juill. 2016 sur la mise en œuvre de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avr. 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail : « *Pour être efficace, la sanction doit être effective et intervenir rapidement. C'est dans cet objectif que l'ordonnance du 7 avril 2016 a profondément modifié les sanctions en matière de droit du travail. Pour autant, l'élargissement du champ des amendes administratives, auquel elle procède, ne fait pas obstacle à ce que la voie pénale conserve sa pleine dimension. En effet, il est des domaines où celle-ci demeure plus pertinente et doit au contraire être plus fréquemment empruntée et avec davantage de célérité. À l'inverse, dans le cas d'infractions simples ou formelles, l'action administrative plus rapide et plus efficace, est à privilégier* ».

¹⁴⁰⁷ Instr. DGT n° 2016/03 du 12 juill. 2016 sur la mise en œuvre de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avr. 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, pt. 3.3.1 : « *l'amende administrative est à privilégier par rapport à la sanction pénale, hors les cas de réitération, d'intérêts spécifiques à faire comparaître un contrevenant, de situations complexes ou nécessitant des pouvoirs d'enquête spécifiques ou lorsqu'une organisation syndicale ou une instance représentatives du personnel aura fait part de sa volonté de se porter partie civile* » ; Circ. du 18 juill. 2016 du droit pénal du travail, *BOMJ* n° 2016-07, 29 juill. 2016.

¹⁴⁰⁸ L. GAMET, « Droit répressif du travail : coordination du ministère public et de l'administration du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 6 : « *Les poursuites pénales et le renvoi devant les tribunaux correctionnels doivent se concentrer sur les infractions les plus graves ou emblématiques* » ; Y. CALVEZ & A. LAVAURE, *Répertoire de droit du travail. Inspection du travail*, Dalloz, 2018, n° 268 : « *Sur le plan des principes, les administrations centrales de la justice et du travail invitent à réserver la voie pénale aux infractions les plus graves et à mobiliser les sanctions administratives dès lors que celles-ci permettent d'obtenir l'effectivité de la règle, de prévenir la commission des infractions ou leur renouvellement ou d'obtenir une sanction rapide et effective* ».

l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique illusoire, car elle n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier des poursuites pénales et ne donne pas lieu à sanctions administratives¹⁴⁰⁹. Ces dernières seraient pourtant appropriées pour sanctionner l'entrave au fonctionnement régulier du comité.

II. Un gage de célérité et de technicité

197. La célérité de la répression au service de la prévention. La répression administrative de l'entrave peut concourir à tempérer certaines lacunes de la répression pénale¹⁴¹⁰. La sanction pénale de l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique intervient tardivement : des années peuvent s'écouler avant son prononcé¹⁴¹¹. Cet écart temporel rejaillit sur l'effet dissuasif de la sanction pénale¹⁴¹². Différée, la sanction ne produit plus l'effet escompté¹⁴¹³. La sanction pénale perd de sa pertinence et de son efficacité¹⁴¹⁴. La répression administrative ne souffre pas des

¹⁴⁰⁹ L. GAMET, « Inspection du travail et répression », *Dr. soc.* 2017. 439.

¹⁴¹⁰ A. MARTINON, « Les sanctions extérieures au droit privé », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 21, spéc. p. 29 : « *il est permis de penser que certaines sanctions administratives sont largement plus dissuasives que la perspective de quelques sanctions pénales neutralisées, notamment, par un jeu de délégation de pouvoirs ou par les vertus de la faute lucrative* ».

¹⁴¹¹ V. COTTEREAU, *Les délits d'entrave*, Thèse, Montpellier, 1979, n° 531, p. 330 : « *À quoi sert de condamner un an, voire deux ans, même trois ans et plus, après la commission de l'infraction, selon les péripéties de la procédure ? La sanction intervient trop tard si l'entrave a produit les effets escomptés par son auteur* ».

¹⁴¹² P. MORVAN, « À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140, spéc. p. 147 : « *la décision de commettre une infraction est généralement éloignée dans le temps de la décision judiciaire qui rend effective la peine comminée. L'absence de proximité temporelle entre l'une et l'autre ôte tout effet dissuasif à la seconde* » ; Y. CALVEZ & P. AUVERGNON, « Réformer l'inspection du travail ? », *RDT* 2014. 229 : « *Les tribunaux condamnent peu, trop tard et trop faiblement pour que la sanction soit dissuasive* » (nous soulignons).

¹⁴¹³ L. VILBOEUF, « Les amendes administratives en droit du travail après l'ordonnance du 7 avril 2016 », *Dr. soc.* 2017. 432 : « *le caractère réellement dissuasif d'une sanction qui intervient souvent plus d'un an après la commission de l'infraction paraît à tout le moins prêter à discussion* ».

¹⁴¹⁴ C. MANDY, « Les "nouveaux pouvoirs" de l'inspection du travail après l'ordonnance du 7 avril 2016 », *Dr. soc.* 2017. 170 : « *ce sont les délais de la voie pénale qui la rendent inadaptée à ce type d'infractions et qui, surtout, portent préjudice à l'efficacité de la réponse attendue. En effet, l'instruction d'un procès-verbal, quand il donne suite, est en moyenne de deux à trois ans. Autant dire que l'employeur a eu le temps d'"oublier" l'infraction et le contexte de changer avant qu'une autorité symboliquement forte vienne enfin lui rappeler la loi. La sanction, quand elle arrive, perd de sa pertinence et donc de son efficacité* ».

mêmes maux¹⁴¹⁵, car les sanctions administratives sont appliquées avec célérité¹⁴¹⁶. La perspective d'une sanction immédiate du comportement incriminé peut dissuader l'auteur de sa commission¹⁴¹⁷.

198. La gradation de la répression au service de la prévention. La répression administrative peut aussi s'inscrire dans une gradation de la répression au service de la prévention¹⁴¹⁸, lorsque l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique n'a pas irrémédiablement été consommée¹⁴¹⁹. Il pourrait s'agir d'un système de répression « *en cascade* »¹⁴²⁰. Le cadre théorique du licenciement collectif pour motif économique est transposable¹⁴²¹. Le comité social et économique qui s'estime lésé dans ses attributions peut solliciter de l'autorité administrative qu'elle enjoigne l'employeur à respecter celles-ci au cours de la procédure de licenciement¹⁴²².

¹⁴¹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, Dossier thématique, 2017, p. 3.

¹⁴¹⁶ A. MARTINON, « Les sanctions extérieures au droit privé », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 21, spéc. p. 29 : « Rapidité car la sanction administrative est détachée du contentieux ; en ce sens, elle fait l'économie du temps du procès ; elle est quasi-instantanée » ; L. GAMET, « Droit répressif du travail : coordination du ministère public et de l'administration du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 6 : « Rapides, efficaces, opportunes, dissuasives, l'intérêt des sanctions administratives n'est plus à démontrer » ; A. MARTINON, « La sanction extrapénale dans le droit des relations de travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 96, spéc. p. 103 ; Comp. P. MORVAN, « À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140, spéc. p. 154 : « Des autorités administratives seraient en mesure d'infliger des sanctions encore plus promptement, après avoir recueilli les observations de l'employeur exposé. Mais l'absence de délai imparti par la loi pour intervenir, en règle générale, l'insuffisance du nombre de fonctionnaires (à l'inspection du travail comme dans les UT-DIRECCTE) et l'éventualité d'un contentieux devant le juge administratif compromettent cette hypothétique célérité ».

¹⁴¹⁷ P. MORVAN, « À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140, spéc. p. 150.

¹⁴¹⁸ J. MICHEL, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817 : « un développement mesuré de la sanction administrative pourrait être envisagé chaque fois que cette forme de sanction apparaît plus efficace, notamment au regard de la rapidité de sa mise en œuvre, que la sanction pénale et, surtout, chaque fois qu'elle est de nature à contraindre le contrevenant à mettre beaucoup plus vite un terme à une situation irrégulière » ; Adde L. BONNAUD, « Comment théoriser l'action répressive des services d'inspection ? Origines et critiques de la notion de responsive regulation », *RSC* 2019. 65 ; J. BÉTAILLE & alii, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Rapport, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 163.

¹⁴¹⁹ *Rappr.* A. LYON-CAEN, « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », *Dr. soc.* 1984. 438 : « Si, en effet, l'on entend assurer l'application du droit du travail, les sanctions privatives de libertés ou les amendes sont moins efficaces que des mesures dispositives. Celles-ci sont plus tournées vers l'avenir que vers le passé ».

¹⁴²⁰ A. COEURET, « La procédure d'amende administrative en droit du travail : entre principe d'indépendance et priorité du judiciaire », *D.* 2018. 177.

¹⁴²¹ C. trav., art. L. 1233-57-5.

¹⁴²² C. trav., art. D. 1233-12.

À l'issue de cette procédure, l'inertie de l'employeur est sanctionnée par un défaut d'homologation ou de validation du plan de sauvegarde de l'emploi¹⁴²³. Dans l'éventualité d'une répression administrative de l'entrave, le comité social et économique pourrait saisir l'inspection du travail, laquelle enjoindrait l'employeur de se conformer à ses obligations ; à défaut, des sanctions administratives pourraient lui être infligées¹⁴²⁴. La création d'une mise en demeure avec astreinte, au bénéfice de l'inspection du travail, faciliterait la prévention des manquements aux attributions du comité social et économique¹⁴²⁵.

199. Une substitution d'acteurs pour un contentieux technique. La répression administrative pour prévenir et sanctionner l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique s'inscrirait dans une rationalisation de ses acteurs répressifs¹⁴²⁶. La pertinence de l'appel aux services de police pour constater l'entrave reste à démontrer, car les moyens dont ils disposent sont hors de propos en cette matière¹⁴²⁷. L'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique

¹⁴²³ C. trav., art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3.

¹⁴²⁴ C. MANDY, « Les "nouveaux pouvoirs" de l'inspection du travail après l'ordonnance du 7 avril 2016 », *Dr. soc.* 2017. 170 : « ces possibilités d'agir reconnues à ces agents ne sont que la mallette à outils nécessaire pour leur permettre de mener à bien leur mission et restent fortement contrebalancées par les possibilités de contestation, droit de réponse et recours, qui donnent davantage à ce contrôle étatique sur l'application du droit du travail dans les entreprises une dimension essentielle de dialogue pédagogique et informatif qu'une forme arbitrairement répressive » (nous soulignons).

¹⁴²⁵ J. MICHEL, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817 : « À cet égard, l'instauration dans le Code du travail d'une mise en demeure de se conformer à la réglementation, de portée générale, c'est-à-dire visant l'ensemble des dispositions envisagées à l'article L. 611-1 précité et assortie d'une astreinte journalière en cas d'inexécution des obligations dans le délai imparti dans la mise en demeure, pourrait constituer l'un des moyens de renforcer le pouvoir de coercition dont les inspecteurs et les contrôleurs du travail doivent nécessairement disposer pour mener à bien leur mission ».

¹⁴²⁶ S. DETRAZ, « Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal ? Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *RSC* 2019. 47 : « l'instauration d'un pouvoir administratif de sanction compenserait le désintérêt que le ministère public (et la police judiciaire) manifesterait à l'égard de certaines formes de délinquance - qui relèvent de domaines techniques - au moment de décider de mener une enquête ou de poursuivre les faits mis au jour. La répression administrative procurerait également un supplément d'efficacité dans le "traitement" des infractions : elle serait gage de célérité, en raison de l'application d'une procédure censée être plus souple que son homologue pénale, ainsi que de pertinence, de par l'intervention d'une autorité experte dans les domaines concernés ».

¹⁴²⁷ *Rappr.* L. GAMET, « Droit répressif du travail : coordination du ministère public et de l'administration du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 6 : « Il y a là une logique de coup de règle sur les doigts de l'employeur, qui mérite la sanction, sans qu'il ne soit besoin de l'infamie d'un procès pénal et, en amont, de mobiliser les services enquêteurs ».

relève d'un contentieux technique, relatif à une discipline spécialisée¹⁴²⁸. Le profil du contrevenant est aussi une spécificité¹⁴²⁹. L'appréhension de l'incrimination d'entrave requiert prioritairement l'action de l'inspection du travail, laquelle dispose d'une compétence spécifique¹⁴³⁰. Le juge judiciaire peine, en cas d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique, à mesurer l'atteinte portée à l'intérêt général¹⁴³¹. La sanction pénale qu'il prononce est souvent mineure, de sorte que le nombre de procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail reste faible, faute de relai judiciaire adapté¹⁴³².

¹⁴²⁸ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Technique* : « *Qui relève d'une activité ou d'une discipline spécialisée, et suppose des connaissances spécifiques* » ; LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Technique* : « *Qui appartient en propre à une activité ou à une discipline et suppose des connaissances particulières* ».

¹⁴²⁹ L. GAMET, « Critique du droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2014. 446 ; A. COEURET & D. JONIN, « Punir sans juger en droit du travail ? À propos de l'ordonnance 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail », *RJS* 2016. 555 : « *la répression par l'amende administrative figure très clairement une alternative à la répression pénale classique qui se présente comme mieux adaptée que cette dernière au profil de ceux qui commettent les manquements reprochés* ».

¹⁴³⁰ C. trav., art. L. 8112-1, al. 3 et 4 : « *Ils [les agents de contrôle de l'inspection du travail] sont chargés de veiller à l'application des dispositions du code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail répondant aux conditions fixées au livre II de la deuxième partie. Ils sont également chargés, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions à ces dispositions et stipulations* ».

¹⁴³¹ C. MANDY, « Les "nouveaux pouvoirs" de l'inspection du travail après l'ordonnance du 7 avril 2016 », *Dr. soc.* 2017. 170 : « *les magistrats eux-mêmes ne sont pas toujours sensibles aux enjeux des infractions au code du travail. (...) La difficulté technique de la matière vient s'ajouter à cette différence de culture et de sensibilisation. Il suffit d'essayer d'expliquer la constitution de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, appuyée sur un décompte des heures de travail, et les enjeux de cette infraction sur le plan individuel autant que sociétal, pour se rendre compte que le droit pénal du travail peut apparaître hermétique* ».

¹⁴³² C. JEANNEROT, *Rapport n° 359 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale*, Sénat, 2014, p. 54 : « *En moyenne, selon les indications fournies à votre rapporteur par la direction générale du travail, un agent de contrôle ne transmet au parquet que deux ou trois procès-verbaux par an. L'observatoire des suites pénales mis en place par le ministère du travail estime que 39 % des procès-verbaux n'ont pas de suites connues en 2009 : les procès-verbaux sont soit perdus, soit classés sans suite par le parquet. Les procès-verbaux qui font l'objet d'une suite nécessitent très souvent un temps de traitement de plus en plus long, ce qui est peu compatible avec la nécessité de répondre rapidement aux infractions constatées dans les entreprises. Enfin, certains agents de contrôle regrettent que les jugements rendus soient en deçà de leurs attentes* » ; Y. CALVEZ & A. LAVAURE, *Répertoire de droit du travail. Inspection du travail*, Dalloz, 2018, n° 263 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Le nouveau régime des sanctions administratives », *SSL* 2018, n° 1834, p. 6 : « *Le peu de poursuites et, une fois les poursuites engagées, l'aléa et la faiblesse des sanctions ont conduit à remettre en cause l'efficacité du droit pénal du travail* ».

200. Conclusion de paragraphe. Les limites de la répression pénale pour sanctionner l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique conduisent à envisager l'hypothèse d'une répression administrative. Celle-ci est grandissante en droit du travail, sauf en matière de représentation du personnel. La répression administrative, par sa célérité et sa technicité, paraît être la répression la plus adaptée pour prévenir et sanctionner les atteintes portées aux attributions du comité social et économique.

§2. La réalisation d'une répression administrative

201. Entériner une répression administrative de l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique implique de substituer à l'amende pénale existante une amende administrative (I). Un mécanisme de variabilité du montant de cette amende doit aussi être exploré (II).

I. La création d'une amende administrative

202. L'adéquation d'une amende administrative. L'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique est sanctionnée par une amende de nature pénale¹⁴³³. La technicité et la rapidité nécessaires à sa répression incitent à envisager le

¹⁴³³ C. trav., art. L. 2317-1 : « Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 €. Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 € ».

prononcé d'une amende de nature administrative¹⁴³⁴. Son prononcé ne présente pas de difficultés, sauf à considérer qu'il élude les garanties existantes en matière pénale¹⁴³⁵. Cette position fait toutefois fi de l'interprétation judiciaire du paragraphe premier de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel pose le droit à un procès équitable en « *matière pénale* »¹⁴³⁶. La Cour européenne des droits de l'homme déclare cette disposition applicable à la sanction administrative, qui relève de la matière pénale¹⁴³⁷. La jurisprudence nationale est aussi en ce sens¹⁴³⁸. Il s'infère de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatif au principe de la légalité des délits et des peines que ce principe ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère

¹⁴³⁴ Comp. J. MICHEL, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817 : « Ainsi, alors que la sanction pénale devrait être réservée, selon le système proposé plus haut, à l'atteinte portée à des droits fondamentaux des salariés nécessitant une protection absolue de la société, au contraire, à la sanction administrative - entendue au sens le plus large du terme englobant aussi bien la sanction-mesure punitive que la sanction-mesure coercitive - devraient être dévolues, d'une part, les infractions relativement mineures constituées par la violation d'obligation formelles, dès lors qu'elles n'affectent en rien les droits fondamentaux des salariés, et, d'autre part, les infractions impliquant une intervention immédiate de l'Administration en vue de les faire cesser en raison du risque qu'elles font peser sur les travailleurs » ; A. MARTINON, « La sanction extra-pénale dans le droit des relations de travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 96, spéc. p. 102 : « L'effort de dépénalisation est souvent l'œuvre du législateur : la substitution d'amendes administratives aux amendes pénales n'est pas une erreur de plume ; elle ressort d'une authentique volonté de privilégier "l'administration" pour assurer le "répressif" ».

¹⁴³⁵ A. MARTINON, « La sanction extra-pénale dans le droit des relations de travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 96, spéc. p. 105 : « La singularité des sanctions administratives est porteuse d'un risque principal : celui de soustraire la décision aux garanties de la sanction pénale ».

¹⁴³⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 6, § 1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) » (nous soulignons).

¹⁴³⁷ CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et autres c/ Pays-Bas* ; CEDH, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Öztürk c/ Allemagne*.

¹⁴³⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, Dossier thématique, 2017, p. 6 et s. ; J. BÉTAILLE & alii, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Rapport, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 85 et s.

d'une punition¹⁴³⁹. Les sanctions administratives sont soumises aux garanties de la répression pénale¹⁴⁴⁰. Le nouveau « *droit commun de la répression administrative* »¹⁴⁴¹ de l'ordonnance du 7 avril 2016 n'en dispose pas autrement, les principes élémentaires de la répression pénale ayant été transposés¹⁴⁴² : principe de proportionnalité¹⁴⁴³, d'individualisation¹⁴⁴⁴, du contradictoire¹⁴⁴⁵, distinction entre autorité de poursuite et

¹⁴³⁹ Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, consid. 19, *AJDA* 2015. 1191 ; *D.* 2015. 894 ; *RSC* 2015. 374, obs. F. Stasiak ; *RTD com.* 2015. 317, obs. N. Rontchevsky ; *JCP G* 2015. 605, note F. Sudre ; *LPA* 2015, n° 151, p. 4, note J.-R. Mauzy ; *RFDA* 2015. 1019, obs. C. Arnaud ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 178, p. 12, note A. Bonnet & N. Régis ; *BJS* 2015, n° 6, p. 273, note A. Gaudemet ; *RJF* 2015. 511 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée"* ; que les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition » ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, consid. 8, *RSC* 2016. 524, obs. S. Detraz ; *JCP G* 2016. 1453, note M. Collet & P. Collin ; *LPA* 2016, n° 147, p. 4, note O. Dufour ; *D.* 2016. 839 ; *RJF* 2016. 862 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 43, p. 43, note S. Salles.

¹⁴⁴⁰ A. MARTINON, « La sanction extra-pénale dans le droit des relations de travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 96, spéc. p. 108.

¹⁴⁴¹ A. COEURET & D. JONIN, « Punir sans juger en droit du travail ? À propos de l'ordonnance 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail », *RJS* 2016. 555.

¹⁴⁴² P. MORVAN, « À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140, spéc. p. 153 : « *les principes fondamentaux du droit pénal et du procès pénal ont été étendus dans le contentieux social aux mesures de nature administrative dotées d'une finalité punitive. Les principes de légalité des délits et des peines, de non-rétroactivité, du respect des droits de la défense et de proportionnalité leur sont ainsi applicables* » ; J. BÉTAILLE & alii, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Rapport, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 103 : « *Les garanties pour le destinataire de la sanction que sont les droits de la défense, la présomption d'innocence ainsi que la motivation de la sanction, garanties exigées dans le cadre de la répression pénale, s'appliquent également à la répression administrative. Les législations et réglementations des secteurs techniques en font d'ailleurs de plus en plus souvent état* ».

¹⁴⁴³ A. MARTINON, « La sanction extra-pénale dans le droit des relations de travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 96, spéc. p. 105.

¹⁴⁴⁴ C. trav., art. L. 8115-4 : « *Pour déterminer si elle prononce un avertissement ou une amende et, le cas échéant, pour fixer le montant de cette dernière, l'autorité administrative prend en compte les circonstances et la gravité du manquement, le comportement de son auteur, notamment sa bonne foi, ainsi que ses ressources et ses charges* » ; CE, 12 avr. 2022, n° 449684, *Rec. Lebon* ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 14, p. 29 ; *JCP S* 2022. 1181, note F. Duquesne ; *JSL* 2022, n° 545, p. 32 : « *S'il ne saurait interdire de fixer des règles assurant une répression effective des infractions, le principe de nécessité des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique qu'une sanction administrative ayant le caractère d'une punition ne puisse être appliquée que si l'autorité compétente la prononce expressément en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce* ».

¹⁴⁴⁵ C. trav., art. L. 8115-5 : « *Avant toute décision, l'autorité administrative informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée en portant à sa connaissance le manquement retenu à son encontre et en l'invitant à présenter, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, ses observations. À l'issue de ce délai, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'amende et émettre le titre de perception correspondant. Elle informe de cette décision le comité social et économique. Le délai de prescription de l'action de l'autorité administrative pour la sanction du manquement par une amende administrative est de deux années révolues à compter du jour où le manquement a été commis* ».

de sanction¹⁴⁴⁶... La substitution d'une amende administrative à l'amende pénale en matière d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique n'éviterait pas les droits de la défense du contrevenant¹⁴⁴⁷. Elle se justifierait au regard de l'appréciation particulière de l'élément moral du délit d'entrave.

203. De l'élément moral de l'infraction au simple manquement à la règle. Le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique est souvent présenté comme un délit non intentionnel¹⁴⁴⁸. Cette absence d'intention est parfois reliée à la complexité de la législation en cette matière¹⁴⁴⁹. Du fait de l'appréciation jurisprudentielle de l'élément moral du délit d'entrave¹⁴⁵⁰, l'absence d'intention de commettre le délit n'exonère pas l'employeur de sa responsabilité¹⁴⁵¹. La jurisprudence

¹⁴⁴⁶ C. trav., art. L. 8115-1 ; L. VILBOEUF, « Les amendes administratives en droit du travail après l'ordonnance du 7 avril 2016 », *Dr. soc.* 2017. 432 : « *La procédure est engagée à partir du constat du ou des manquements opérés par l'agent de contrôle de l'inspection du travail dans l'un des domaines visés : l'agent de contrôle informe l'employeur des manquements constatés et, dans le même temps, l'avise qu'il établit un rapport en vue d'une sanction administrative à l'attention du Direccte, seule autorité habilitée à notifier la sanction. Cette distinction entre l'autorité qui opère les constatations et celle qui sanctionne effectivement est en effet de nature à garantir une procédure impartiale et permettre l'exercice des droits de la défense* ».

¹⁴⁴⁷ C. CHASSANG, « La communication des administrations sur leur politique répressive : prendre modèle sur le droit pénal ? », *RSC* 2019. 55 : « *L'idée d'une dépenalisation au profit d'une répression administrative n'est donc pas totalement inconcevable, au moins pour les comportements considérés comme étant les moins graves et qui ne seraient, en réalité, que des infractions administratives (ou manquements à la réglementation technique)* ».

¹⁴⁴⁸ E. MACRON, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 6 mai 2015, p. 4515 : « *La réforme du délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel obéit à une logique qui prend en compte la dimension intentionnelle du délit. En effet, le Gouvernement a souhaité, et cela correspond à l'objectif même de la réforme, conserver la distinction entre ce qui est intentionnel et ce qui ne l'est pas. Ainsi, la peine relative au délit d'entrave n'est maintenue que si l'acte est intentionnel et la peine d'emprisonnement n'a été supprimée que dans les cas d'actes non intentionnels* » (nous soulignons) ; E. MACRON, *JO Sénat*, Compte rendu intégral, Séance du 1^{er} juill. 2015, p. 7183 : « *Nous estimons, à raison, qu'il est disproportionné que des investisseurs étrangers opérant sur notre territoire sans volonté d'enfreindre le droit puissent, en vertu de la loi, se retrouver en prison parce qu'ils ont oublié, dans le cadre des règles de fonctionnement des instances représentatives, d'organiser une réunion, par exemple* » (nous soulignons).

¹⁴⁴⁹ B. TEYSSIÉ, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2000. 940 ; J.-F. CESARO, « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », *Dr. soc.* 2005. 139 ; L. GAMET, « Critique du droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2014. 446.

¹⁴⁵⁰ Cass. crim., 6 févr. 2007, n° 06-82.744, *RJS* 2007. 634 ; *Dr. soc.* 2007. 662, obs. F. Duquesne ; Cass. crim., 28 févr. 2017, n° 14-87.729.

¹⁴⁵¹ R. SALOMON & A. MARTINEL, *Droit pénal social*, 5^e éd., Economica, 2019, n° 334, p. 201 ; A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515 : « *Se refusant à déterminer quelle est la conscience personnelle de l'agent, le juge raisonne essentiellement en fonction de ce que celui-ci devait savoir ou ne pouvait pas ne pas savoir* ».

relative à la délégation de pouvoirs est aussi en ce sens¹⁴⁵². L'employeur ne peut s'exonérer de sa responsabilité en présence d'une délégation de pouvoirs valide, malgré son ignorance de la violation de la législation par le délégataire¹⁴⁵³. Les sanctions administratives s'inscrivent dans la même logique¹⁴⁵⁴. Elles ont une dimension objective qui les distinguent de la sanction pénale et de sa finalité répressive¹⁴⁵⁵. Seule est recherchée la matérialité de l'atteinte aux valeurs que protège la loi¹⁴⁵⁶. La sanction administrative sanctionne un manquement à une règle technique, pour lequel la caractérisation de l'intention est inutile¹⁴⁵⁷. L'absence d'intention requise pour sanctionner l'entrave s'inscrit pleinement dans cette logique¹⁴⁵⁸. La consécration d'une sanction administrative de l'entrave doit toutefois s'accompagner d'une sophistication du calcul de son montant.

¹⁴⁵² Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318, *Bull. crim.*, n° 126 ; *RSC* 2008. 349, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2008. 449, obs. F. Duquesne ; *RTD com.* 2008. 198, obs. B. Bouloc ; *RJS* 2007. 969 ; *JCP S* 2007. 1723, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP E* 2007. 1889 ; *Dr. pén.* 2007. 108, note J.-H. Robert ; *JCP G* 2007. 2279 ; Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86.027, *Bull. crim.*, n° 266 ; *RTD com.* 2008. 641, obs. B. Bouloc ; *RSC* 2008. 349, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2008. 449, obs. F. Duquesne ; *RJS* 2008. 307 ; *JCP E* 2007. 561 ; *JCP S* 2007. 577 ; *Dr. pén.* 2008. 23, note J.-H. Robert : « le président de la société, même s'il a confié à un représentant le soin de présider les institutions représentatives du personnel, a engagé sa responsabilité personnelle, s'agissant de mesures ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs ».

¹⁴⁵³ A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515 : « il n'est pas possible d'affirmer que le chef d'entreprise dispose, en matière d'entrave, d'une faculté complète d'organiser le transfert de sa responsabilité pénale avec pour corollaire le jeu d'un principe de responsabilité alternative qui obligerait les juges du fond à ne condamner que le délégataire et à mettre hors de cause le délégant » ; A. COEURET, « Le délit d'entrave : comment poursuivre les infractions aux droits collectifs de représentation des salariés ? Quelle responsabilité pénale pour l'employeur dans une société selon sa localisation ? », *SSL* 2002, n° 1071, p. 68 : « Le chef d'entreprise continuera donc de répondre éventuellement au côté de son délégataire, du défaut d'information ou de consultation pertinente sans que la délégation, sur ce point précis, produise à son bénéfice l'effet exonératoire qu'on lui connaît ordinairement ».

¹⁴⁵⁴ A. COEURET & F. DUQUESNE, « La pratique de l'amende administrative en droit du travail », *JCP S* 2016. 1327.

¹⁴⁵⁵ S. SAUNIER, « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *RSC* 2019. 31.

¹⁴⁵⁶ A. COEURET & F. DUQUESNE, « La pratique de l'amende administrative en droit du travail », *JCP S* 2016. 1327.

¹⁴⁵⁷ CE, 12 avr. 2022, n° 449684, *Rec. Lebon* ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 14, p. 29 ; *JCP S* 2022. 1181, note F. Duquesne ; *JSL* 2022, n° 545, p. 32 : « pour contester la proportionnalité de l'amende prononcée à son encontre, la société requérante ne peut (...) utilement invoquer l'absence d'élément intentionnel dans la commission du manquement qui lui est reproché ».

¹⁴⁵⁸ A. COEURET, « La procédure d'amende administrative en droit du travail : entre principe d'indépendance et priorité du judiciaire », *D.* 2018. 177 : « Nous ne sommes plus en droit pénal, et ce qu'on appelle l'élément moral de l'infraction ne paraît pas faire partie du débat avec le Direccte. Le ferait-il, qu'en l'état des infractions concernées cela reviendrait le plus souvent à déduire cet élément moral du non-accomplissement de telle ou telle formalité (...). Pour la même raison, aucune discussion sur le jeu d'un éventuel fait justificatif ou d'une erreur de droit ou de fait ne paraît possible car l'établissement d'une culpabilité au sens pénal n'est pas recherché ».

II. La variabilité du montant de l'amende administrative

204. L'amende à taux mobile. Une amende forfaitaire court toujours le risque de faire l'objet d'un calcul économique¹⁴⁵⁹. Une amende à taux mobile permet de déjouer ce calcul et saisit avec plus de précision la situation de l'auteur du manquement¹⁴⁶⁰. Le législateur contemporain privilégie l'amende à taux mobile en maints cas, en contemplation de l'outil dissuasif qu'elle représente¹⁴⁶¹. La variabilité de l'amende encourue ne heurte pas le principe de prévisibilité de la peine, car les règles de fixation de son montant sont déterminées à l'avance¹⁴⁶². L'amende à taux mobile existe notamment en droit de la concurrence et de la consommation, et permet d'infliger des sanctions d'un montant très élevé¹⁴⁶³. Le législateur l'utilise en droit du travail pour sanctionner l'employeur qui prive les salariés de leurs « *droits essentiels* »¹⁴⁶⁴. L'application de cette sanction à la violation des attributions du comité social et économique doit être envisagée.

205. Les inspirations possibles. Qu'elles soient de nature civiles, pénales ou administratives, les amendes à taux mobile font reposer leur quantum sur des critères

¹⁴⁵⁹ J. BÉTAILLE & alii, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Rapport, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 161 et s. : « *La répression doit prendre en compte le fait que, face à des sanctions pécuniaires, les entreprises pourront prendre des décisions d'investissement sur la base d'un simple calcul coût/bénéfice : si le législateur plafonne le montant de l'amende (ce qui est souvent le cas), et le plafonne à un niveau trop bas, l'entreprise n'aura aucune incitation à se conformer à la loi (d'autant que la probabilité de détection de l'infraction peut être faible dans certains cas)* ».

¹⁴⁶⁰ J. MICHEL, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817 : « *Le système de l'amende forfaitaire devrait être formellement écarté et il faudrait lui préférer celui de l'amende dont le montant est modulable dans la limite d'un plafond, plus conforme au principe de proportionnalité (...) et au principe de l'individualisation ou de la personnalité des peines* ».

¹⁴⁶¹ A. BAVITOT, « L'amende à taux mobile », *AJ Pénal* 2019. 18 : « *L'amende à taux mobile demeure un sujet intéressant. D'abord parce qu'elle emporte la sympathie du législateur contemporain qui y voit un outil dissuasif* ».

¹⁴⁶² A. BAVITOT, « L'amende à taux mobile », *AJ Pénal* 2019. 18 : « *La peine encourue en ressort fluctuante, variable selon les situations, mais la légalité est sauve dès lors que ce montant demeure prévisible* ».

¹⁴⁶³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel*, 2021, p. 17 ; DGCCRF, *Bilan d'activité*, 2021, p. 24.

¹⁴⁶⁴ F. DUQUESNE, « Le quantum de l'amende administrative entre certitudes et incertitudes », *JCP S* 2017. 1397 : « *s'agissant des infractions et des manquements qui tendent à préserver les principaux intérêts des travailleurs, une telle application a été généralisée par la loi à l'encontre des employeurs qui, dans leur volonté de braver l'interdit, privent de leurs droits essentiels des personnels occupés en grand nombre* ».

variés¹⁴⁶⁵, tels que le chiffre d'affaires de l'entreprise¹⁴⁶⁶ ou le bénéfice tiré de l'opération litigieuse¹⁴⁶⁷. En droit du travail, l'amende à taux mobile repose le plus souvent sur le critère du nombre de salariés concernés par le manquement de l'employeur¹⁴⁶⁸. La multiplication de la sanction par le nombre de salariés concernés permet d'« accentuer la répression »¹⁴⁶⁹, de surcroît lorsqu'elle joue sur une base aggravée en cas de récidive¹⁴⁷⁰. L'amende encourue peut atteindre des montants élevés¹⁴⁷¹, y compris en présence d'une condamnation de la personne morale¹⁴⁷², l'amende étant portée au quintuple de celle infligée à la personne physique¹⁴⁷³. Le dispositif existe déjà en matière de licenciement collectif pour motif économique¹⁴⁷⁴. Le défaut d'information-consultation du comité social et économique est sanctionné d'une amende « prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par

¹⁴⁶⁵ A. BAVITOT, « L'amende à taux mobile », *AJ Pénal* 2019. 18 : « Par l'amende à taux mobile, le législateur s'adapte à la réalité économique du profit espéré ou réalisé par le délinquant. Le maximum légal de l'amende doit pouvoir être rehaussé pour garantir que le "crime ne paie pas". La technique n'est pas uniforme. L'assiette oscille entre "profit", "gain", "produit", "bénéfice" ou "chiffre d'affaires" qui est "réalisé", "tiré", ou "espéré" par l'infraction ».

¹⁴⁶⁶ C. rur., art. L. 253-15, I ; C. com., art. L. 442-4, I.

¹⁴⁶⁷ C. mon. fin., art. L. 621-15, III ; C. com., art. L. 442-4, I.

¹⁴⁶⁸ A. COEURET, E. FORTIS & F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022, n° 539, p. 310 et s.

¹⁴⁶⁹ J.-F. CESARO, « La sanction pénale », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 81, spéc. p. 86 ; A. COEURET & F. DUQUESNE, « La pratique de l'amende administrative en droit du travail », *JCP S* 2016. 1327 : « le coefficient multiplicateur risque de conduire à des sanctions beaucoup plus lourdes que celles normalement encourues en application d'une poursuite répressive classique ».

¹⁴⁷⁰ C. trav., art. L. 8115-3 : « Le montant maximal de l'amende est de 4 000 euros et peut être appliqué autant de fois qu'il y a de travailleurs concernés par le manquement. Le plafond de l'amende est porté au double en cas de nouveau manquement constaté dans un délai de deux ans à compter du jour de la notification de l'amende concernant un précédent manquement de même nature. Il est majoré de 50 % en cas de nouveau manquement constaté dans un délai d'un an à compter du jour de la notification d'un avertissement concernant un précédent manquement de même nature ».

¹⁴⁷¹ Cass. crim., 15 févr. 2011, n° 10-83.988, *Bull. crim.*, n° 27 ; *RDT* 2011. 319, obs. G. Pignarre ; *D.* 2012. 901, obs. P. Lokiec ; *Dr. soc.* 2011. 721, obs. F. Duquesne ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 62, p. 27 ; *JCP S* 2011. 1193, note T. Lahalle ; *JCP G* 2011. 240 ; *RJS* 2011. 329 ; Cass. crim., 15 févr. 2011, n° 10-87.019, *Bull. crim.*, n° 28 ; *D.* 2012. 901, obs. P. Lokiec ; *JCP G* 2011. 240 ; *RJS* 2011. 329 ; *Dr. soc.* 2011. 719, obs. F. Duquesne ; *SSL* 2011, n° 1481, p. 15 ; *JCP E* 2011. 1313, note G. Vachet ; *JCP S* 2011. 1193, note T. Lahalle.

¹⁴⁷² Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 17-80.387, *Bull. crim.* ; *RSC* 2018. 453, obs. A. Cerf-Hollender ; *Dr. soc.* 2018. 857, obs. R. Salomon ; *JCP G* 2018. 456 ; *JCP S* 2018. 1136, note F. Duquesne ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 54, note S. Detraz.

¹⁴⁷³ C. pén., art. 131-38, al. 1 : « Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction ».

¹⁴⁷⁴ P. MORVAN, *JurisClasseur Travail Traité. Licenciement pour motif économique - Procédures*, Fasc. 31-2, LexisNexis, 2020, n° 99.

l'infraction »¹⁴⁷⁵. La généralisation de cette sanction en cas de violation des attributions du comité social et économique est toutefois délicate, car la détermination du nombre de salariés concernés peut être une gageure¹⁴⁷⁶. Lorsque le nombre de salariés ne peut être précisément déterminé, le montant généré par l'opération litigieuse pourrait être privilégié¹⁴⁷⁷. À défaut de pouvoir l'identifier, le critère du pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise ou celui de la masse salariale annuelle, pourrait être retenu¹⁴⁷⁸. Les montants encourus inciteraient davantage au respect de l'obligation d'information-consultation du comité social et économique.

206. Conclusion de paragraphe. À l'amende pénale sanctionnant l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique peut être substituée une amende administrative. Elle correspond davantage à la typologie de cette entrave, laquelle s'apparente à un manquement de l'employeur à une réglementation technique. Le mode de calcul du montant de cette amende doit être révisé par l'instauration d'un taux mobile, lequel existe en d'autres domaines. L'amende à taux mobile est plus prompte à dissuader l'auteur du manquement de sa commission.

207. Conclusion de section. L'essor de la répression administrative en droit du travail n'a pas infusé dans la représentation du personnel. Ce domaine relève pourtant de la mission de contrôle de l'inspection du travail. Le renforcement de la répression administrative dont elle a la charge aurait dû conduire à étendre son domaine

¹⁴⁷⁵ C. trav., art. L. 1238-2 : « *Le fait de procéder à un licenciement sans accomplir les consultations du comité social et économique prévues aux articles L. 1233-29, L. 1233-30, L. 1233-34 et L. 1233-35, est puni d'une amende de 3 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction* ».

¹⁴⁷⁶ F. DUQUESNE, « Le quantum de l'amende administrative entre certitudes et incertitudes », *JCP S* 2017. 1397 : « *si l'avènement du principe d'une multiplication de la sanction au regard du nombre de victimes de la violation de la loi est contemporain de la formation du droit du travail, l'identité du salarié ou travailleur "concerné" demeure encore bien délicate à cerner* ».

¹⁴⁷⁷ J. BÉTAILLE & alii, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Rapport, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 161 : « *Il existe des difficultés pour prendre en compte les infractions lucratives et donc à contrecarrer les calculs d'optimisation des entreprises. Il faut pouvoir prendre en compte le profit généré par l'infraction ou même l'avantage que l'infraction peut procurer dans la concurrence* ».

¹⁴⁷⁸ L'application de certaines sanctions administratives alternatives peut aussi être envisagée : refus d'aides publiques, interdiction de postuler à certains marchés publics... Sur ces sanctions, v. A. MARTINON, « Les sanctions extérieures au droit privé », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 21.

d'application à l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique. La répression administrative est plus rapide et plus technique que la répression pénale. La création d'une amende administrative à taux mobile aurait été pertinente. Elle aurait concouru à prévenir la violation des attributions du comité social et économique.

208. Conclusion de chapitre. Le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique est omniprésent, car l'entrave se caractérise selon de nombreuses manières. La responsabilité de l'employeur en est rendue permanente. Mais la peine associée au délit d'entrave fait relativiser son caractère dissuasif. La peine d'emprisonnement a été supprimée, au profit d'une seule amende. Son montant n'est pas suffisamment dissuasif et son prononcé est différé, de sorte que la sanction pénale n'assure plus la prévention des infractions aux attributions du comité social et économique. Ces lacunes de la répression pénale conduisent à envisager l'hypothèse d'une répression administrative. Sa célérité résout la difficulté tenant au prononcé différé de la sanction pénale. Elle sied aussi davantage aux manquements à une réglementation technique, ce qu'est l'entrave au fonctionnement régulier du comité social et économique. À condition de réévaluer le montant de l'amende encourue, la répression pénale pourrait laisser place à la répression administrative. La participation du comité social et économique en sortirait renforcée.

209. Conclusion de titre. La sanction attachée à la violation d'une règle permet d'entrevoir l'importance de la règle protégée. Or, les sanctions applicables en cas de violation des attributions du comité social et économique laissent pantois. Le droit européen commande des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Les sanctions de l'information-consultation du comité social et économique sont impuissantes à remplir cette exigence. Le renouvellement des sanctions s'impose, afin d'assurer la participation du comité social et économique.

210. Conclusion de partie. La participation du comité social et économique par l'information-consultation s'est stabilisée. Le couple de l'information-consultation accuse toutefois un déséquilibre en faveur de la première, laquelle est en principe au service de la seconde. Les repères sont brouillés. La consultation du comité social et

économique a aussi fait l'objet d'une inflation législative. Mais la sédimentation des textes n'a pas donné lieu à une réflexion d'ensemble sur le droit de la consultation du comité social et économique. Elle aurait permis d'amender certaines difficultés. L'information-consultation souffre d'une lacune de taille : l'avis remis par le comité social et économique ne lie pas l'employeur chargé de le solliciter. La participation du comité social et économique au travers de l'information-consultation reste tempérée. Les sanctions applicables en cas de violation des attributions du comité social et économique révèlent une lacune encore plus grande. Violer les attributions du comité social et économique n'ouvre pas sur des sanctions de nature à restaurer sa participation ou à prévenir les manquements suivants. Leur absence d'effectivité et de force dissuasive rejaillissent sur la vigueur de la participation du comité social et économique. Les mutations relatives à la négociation collective, dans ses rapports à la participation du comité social et économique, pourraient sans doute tempérer les limites rencontrées dans l'étude de son information-consultation.

Partie 2. La participation renouvelée

211. La négociation sur la participation. Les réformes récentes du droit du travail ont consacré un nouvel objet de négociation : la participation du comité social et économique. Celui-ci est tributaire de la négociation pour sa mise en place, son fonctionnement et ses attributions¹⁴⁷⁹. La négociation sur son fonctionnement et ses attributions ont partie liée puisque la vigueur de sa participation en dépend. La négociation peut l'assécher ou la vivifier. Une réflexion sur les agents de la négociation sur la participation du comité social et économique doit être entreprise. L'objet particulier de la négociation et ses implications pour le comité social et économique conduisent à l'ériger en un négociateur alternatif aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (**Titre 1**).

212. La participation par la négociation. En dépit de l'esprit originel du comité social et économique, celui-ci mute en un acteur de négociation collective. L'intensité de sa participation dans l'entreprise en est modifiée. Le comité social et économique négocie de manière supplétive, alternative ou exclusive, selon les thèmes et agents de négociation concurrents de l'entreprise. Malgré cette intervention résiduelle et segmentée, sa participation par la négociation pourrait se pérenniser. La transformation potentielle du comité social et économique en un conseil d'entreprise y participerait. L'esprit de sa participation en serait renouvelé (**Titre 2**).

¹⁴⁷⁹ P. LOKIEC, « Points d'interrogation », *Dr. ouvr.* 2019. 469.

Titre 1. Le renouvellement des sources

213. Un nouveau thème de négociation : le comité social et économique. La négociation sur le comité social et économique est devenue une source de sa participation. L'aménagement conventionnel de ses attributions et de son fonctionnement interne en conditionne l'intensité. La participation du comité social et économique est tributaire de la qualité des relations sociales dans l'entreprise (**Chapitre 1**).

214. Un nouvel acteur de négociation : le comité social et économique. Le comité social et économique n'est pas l'acteur principal de cette négociation. Les syndicats représentatifs dans l'entreprise ont la prééminence pour négocier la participation du comité social et économique. Le comité social et économique n'intervient qu'à titre supplétif, lorsque la représentation syndicale fait défaut dans l'entreprise. Ce thème particulier de négociation doit conduire à ériger le comité social et économique en un négociateur alternatif aux délégués syndicaux présents dans l'entreprise (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La négociation sur la participation

215. La conventionnalisation de la participation. Historiquement, la représentation du personnel dans l'entreprise est régie par des règles d'ordre public absolu, lesquelles ne peuvent souffrir aucun aménagement conventionnel. Sous les influences conjuguées du modèle européen et de la négociation collective organisationnelle, la représentation du personnel va progressivement s'ouvrir à la négociation¹⁴⁸⁰. Celle-ci irrigue désormais la participation du comité social et économique (**Section 1**).

216. La plasticité de la participation. La négociation sur le comité social et économique porte sur son fonctionnement interne et ses attributions, soit directement l'exercice de sa participation¹⁴⁸¹. L'irruption de la négociation rend la participation du comité social et économique plastique. La négociation sur le comité social et économique peut aussi bien intensifier la vigueur de sa participation qu'altérer celle-ci (**Section 2**).

¹⁴⁸⁰ M. SCHMITT, « Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne », *Dr. ouvr.* 2019. 438 : « *L'emprise croissante de la négociation collective en matière de représentation du personnel en droit français constitue une illustration de l'adhésion à la philosophie du dialogue social telle que promue par l'UE* » ; Adde B. KRIEF, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, éd. Panthéon-Assas, 2011 ; B. TEYSSIÉ, « Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel », *in* Droit et actualité, *Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 743 ; G. PERRIER, « La société européenne : vers une contractualisation accrue de la représentation du personnel », *JCP S* 2005. 275.

¹⁴⁸¹ E. COLIN, « Progrès et reculs du principe de participation », *SSL* 2015, n° 1676, p. 5.

Section 1. La conventionnalisation de la participation

217. La conventionnalisation de la participation du comité social et économique a supposé l'essor d'une nouvelle forme de négociation, davantage axée sur l'organisation de l'entreprise (§1). Une fonction de « *configuration du système de représentation du personnel* »¹⁴⁸² lui a été allouée. Une manifestation de cette fonction est perceptible dans le réagencement des dispositions du code du travail relatives au comité social et économique. Un triptyque constitué de dispositions d'ordre public, d'un champ de la négociation collective et de dispositions supplétives, a été créé (§2).

§1. L'essor de la négociation sur la participation

218. Longtemps cantonnée à l'amélioration de la condition salariée, la négociation collective s'est progressivement transformée. Une fonction organisationnelle lui a été dévolue¹⁴⁸³. Elle a eu pour effet d'ouvrir de nouveaux thèmes de négociation d'abord exclus du champ matériel de la négociation collective, dont celui de la participation du comité social et économique (I). N'étant pas sans incidence sur l'articulation des sources en droit du travail, la constitutionnalité de la négociation sur la participation du comité social et économique a été mise en cause, en vain (II).

I. Une évolution progressive des thèmes de négociation

219. Le domaine de la négociation sur la participation. À l'origine, la représentation du personnel fait l'objet de dispositions d'ordre public absolu, lesquelles ne souffrent aucune modification conventionnelle¹⁴⁸⁴. L'ouverture de la représentation du personnel

¹⁴⁸² F. GÉA, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT* 2018, n° 1, p. 50.

¹⁴⁸³ G. AUZERO, « La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur », *BJT* 2019, n° 12, p. 76.

¹⁴⁸⁴ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 525, p. 445 : « À l'origine, en effet, ce domaine échappait à la négociation collective ; le droit des institutions représentatives du personnel était conçu comme un droit à part, d'ordre public, assurant le droit des salariés d'être représentés et dont la négociation collective ne pouvait pas disposer ».

à la négociation collective s'est faite progressivement¹⁴⁸⁵. La délégation unique du personnel¹⁴⁸⁶, puis les accords de méthode¹⁴⁸⁷, ainsi que ceux relatifs aux délais de consultation du comité social et économique¹⁴⁸⁸, en ont constitué des manifestations ponctuelles avant la réforme de 2017¹⁴⁸⁹. Négocier sur le comité social et économique ne va pas de soi, car le domaine de la négociation collective est en principe limité¹⁴⁹⁰. Le code du travail précise le domaine *ratione materiae*. La négociation collective peut porter sur les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail, ainsi que sur les garanties sociales des salariés¹⁴⁹¹. Pour la Cour de cassation, ce domaine n'incluait pas la négociation sur le comité social et économique¹⁴⁹². Elle avait cependant admis que la négociation collective était susceptible de régler « *les conditions générales de travail et les rapports entre les employeurs et les salariés* »¹⁴⁹³. La négociation sur le comité social et économique y renvoie¹⁴⁹⁴, car l'expression par le comité social et économique des intérêts des salariés relève de leurs conditions de

¹⁴⁸⁵ J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 482, p. 197.

¹⁴⁸⁶ L. n° 93-1313 du 20 déc. 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, art. 29, *JORF* n° 0295, 21 déc. 1993, p. 17769, texte n° 1.

¹⁴⁸⁷ L. n° 2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JORF* n° 0003, 4 janv. 2003, p. 255, texte n° 1.

¹⁴⁸⁸ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1.

¹⁴⁸⁹ Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 3.

¹⁴⁹⁰ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 33, p. 35.

¹⁴⁹¹ C. trav., art. L. 2221-1 et L. 2221-2. Sur l'évolution de l'objet de la négociation collective, v. M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 245, p. 227 et s. ; Adde J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 581, p. 224 et s.

¹⁴⁹² Cass. crim., 16 mars 1993, n° 92-81.168, *Bull. crim.*, n° 117 ; *RJS* 1993. 358 ; *Cah. soc.* 1993, n° 51, p. 169.

¹⁴⁹³ Cass. soc., 21 mars 2007, n° 05-13.341, *Bull. civ.* V, n° 54 ; *D.* 2007. 1081 ; *JCP S* 2008. 1241 ; *RJS* 2007. 641 ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 354, p. 31 : « toute convention collective a pour objet de régler les conditions générales de travail et les rapports entre les employeurs et les salariés ».

¹⁴⁹⁴ M.-L. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 643 : « le champ matériel du droit à la négociation collective (...) concerne l'ensemble de la condition salariale ». L'auteur ajoute que « dans l'entreprise, la négociation porte en effet autant sur la définition des conditions d'emploi que sur les décisions d'organisation de l'entreprise. C'est peut-être à ce niveau que la négociation a le plus affirmé son autonomie (...). Il s'agit en effet de reconnaître aux partenaires dans l'entreprise, sinon au chef d'entreprise, dans le cadre de procédures de concertations appropriées, un pouvoir propre de réglementation pour leur permettre de réaliser les adaptations nécessaires ».

travail, lesquelles comprennent un aspect individuel et un aspect collectif¹⁴⁹⁵. C'est pourquoi, sous l'impulsion du législateur, le comité social et économique est devenu un objet de négociation collective, ce qui n'a pas manqué d'éveiller les critiques¹⁴⁹⁶.

II. Une constitutionnalité affirmée

220. Un Conseil constitutionnel conciliant. La Constitution du 4 octobre 1958 renvoie à la loi le soin de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail¹⁴⁹⁷. La constitutionnalité de la négociation collective sur la participation du comité social et économique a été remise en cause, au regard du vice d'incompétence négative du législateur¹⁴⁹⁸. Le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur pouvait renvoyer à la négociation collective pour la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre des dispositions qu'il édicte en droit du travail¹⁴⁹⁹, à charge pour lui de

¹⁴⁹⁵ J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 591, p. 227 : « retenir une conception large des conditions de travail permet d'étendre la compétence reconnue aux interlocuteurs sociaux jusqu'aux relations collectives de travail ». La négociation collective doit pouvoir « englober l'ensemble des rapports entre employeurs et travailleurs » (M. DESPAX, *Traité de droit du travail. Négociations, conventions et accords collectifs*, t. 7, 2^e éd., Dalloz, 1989, n° 71, p. 121) ; Adde G. BÉLIER, H.-J. LEGRAND & A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective. Acteurs et accords*, 6^e éd., Wolters Kluwer, 2018, n° 209, p. 248 : « la locution "conditions d'emploi et de travail" désigne les règles qui régissent, non seulement, les contrats de travail, mais aussi les relations collectives de travail ».

¹⁴⁹⁶ C. GIRAUDET, « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *Revue de l'IREs* 2018, n° 94, p. 29, spéc. p. 45 : « Le comité d'entreprise, par habilitation de la loi, est devenu un objet de négociation de sa configuration ou même de son existence » ; G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 458, p. 526.

¹⁴⁹⁷ Constitution du 4 oct. 1958, art. 34 : « la loi détermine les principes fondamentaux (...) du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».

¹⁴⁹⁸ L. FAVOREU & alii, *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1198, p. 953 et s. ; V. BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 393, p. 203 et s.

¹⁴⁹⁹ Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, consid. 11, *Rec. Cons. const.* 1989. 59 ; *Dr. soc.* 1989. 701, obs. X. Prétot ; *AJDA* 1989. 796, note F. Benoit-Röhmer ; Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, consid. 28, *Rec. Cons. const.* 2000. 33 ; *D.* 2001. 837, obs. V. Bernaud ; *LPA* 2000, n° 24, p. 16, note C. Charbonneau & F.-J. Pansier ; *RJS* 2000. 175 ; *Dr. soc.* 2000. 257, obs. X. Prétot ; Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, consid. 28 ; *D.* 2007. 3033, obs. E. Dockès ; *RFDA* 2007. 1283, note A. Roblot-Troizier : « qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ». Selon le Conseil constitutionnel, le législateur peut également décider qu'en l'absence d'accord collectif, ces modalités d'application seront déterminées par décret (Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC, consid. 14 ; *D.* 2009. 1852, obs. V. Bernaud ; *RJS* 2008. 1140).

déterminer les « modalités de la représentation des salariés au sein des entreprises »¹⁵⁰⁰. Les principes sont posés par le législateur, lequel peut renvoyer à la négociation collective pour la détermination des mesures concrètes¹⁵⁰¹. Un accord collectif peut aussi se substituer à un règlement émanant du pouvoir exécutif¹⁵⁰².

221. Une négociation collective sous contrôle. La constitutionnalité de la négociation sur le comité social et économique est affirmée, le droit constitutionnel du travail supposant de « ménager un espace d'expression à l'accord collectif »¹⁵⁰³. Le législateur conserve l'édiction des principes, car la négociation collective sur le comité social et économique a lieu « à l'ombre de la loi »¹⁵⁰⁴. La nouvelle structuration du code du travail en triptyque en témoigne¹⁵⁰⁵. Si la négociation collective sur le comité social et économique est privilégiée, la loi est omniprésente. Elle intervient pour fixer le cadre que la négociation collective doit occuper, pour poser les bases sur lesquelles elle doit

¹⁵⁰⁰ Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, consid. 26, *Constitutions* 2017. 401, obs. P. Bachschmidt.

¹⁵⁰¹ B. BAUDUIN, « Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel », *RDT* 2017. 525.

¹⁵⁰² I. ODOUL-ASOREY, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », *Dr. soc.* 2014. 356 ; Cons. const., 27 sept. 2013, n° 2013-345 QPC, consid. 4, *RDT* 2014. 124, obs. I. Odoul-Asorey ; *Constitutions* 2013. 597, obs. C. Radé & P. Gervier ; *Cah. soc.* 2013, n° 256, p. 420, note F. Canut ; *RJS* 2014. 56.

¹⁵⁰³ I. ODOUL-ASOREY, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », *Dr. soc.* 2014. 356.

¹⁵⁰⁴ L. GAMET, « L'autonomie collective », *Dr. soc.* 2020. 448 : « si l'on apprécie ces évolutions sous le prisme de l'autonomie collective, même si les rapports de travail sont plus largement régis par le droit conventionnel, son empire reste subordonné à la loi : elle en délimite les frontières, qu'elle peut à tout moment redessiner sans être contrainte par un domaine que réserverait la Constitution à la négociation collective » ; J. PORTA, « Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations », *Travail et Emploi* 2019, n° 158, p. 95 : « On aurait tort d'y lire un réel renforcement de l'autonomie collective, puisque, pour l'essentiel, il ne s'agit pas de laisser les partenaires sociaux régler un aspect du rapport de travail dans le silence du législateur, mais seulement de négocier à l'ombre de la loi » ; L. MARQUET DE VASSELLOT & A. MARTINON, « Les moyens du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1226.

¹⁵⁰⁵ Cette structuration du Code du travail concerne, outre la négociation obligatoire d'entreprise, les attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinquante salariés (C. trav., art. L. 2312-1 à L. 2312-58). Cette architecture a d'abord été expérimentée pour les dispositions sur le temps de travail par la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184, 9 août 2016, texte n° 3, la loi s'inspirant de certaines recommandations du rapport de J.-D. COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015.

reposer et, à titre subsidiaire, pour déterminer les règles applicables quand elle a échoué¹⁵⁰⁶. L'autonomie collective reste « *une illusion* »¹⁵⁰⁷.

222. Conclusion de paragraphe. Sous l'impulsion du législateur, la participation du comité social et économique est progressivement devenue un objet de négociation collective. Sa constitutionnalité a été consacrée par le Conseil constitutionnel. La négociation collective est désormais la source principale de la participation du comité social et économique. Elle est favorisée par le réagencement des dispositions du code du travail en triptyque.

§2. Le réagencement en triptyque des dispositions sur la participation

223. La réforme de la représentation du personnel s'est accompagnée d'un réagencement des dispositions du code du travail la concernant. Un triptyque divisé en des dispositions d'ordre public, en un champ de la négociation collective et en des dispositions supplétives, est né¹⁵⁰⁸. Sa logique doit être explicitée (I). Le triptyque consacre une valorisation de l'accord collectif pour organiser la participation du comité social et économique (II).

¹⁵⁰⁶ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (seconde partie) », *Dr. soc.* 2020. 630.

¹⁵⁰⁷ P. RÉMY, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *SSL* 2011, n° 1508, p. 63.

¹⁵⁰⁸ Une architecture semblable avait déjà été imaginée dans les milieux patronaux dès les années 1980 avec le contrat collectif d'entreprise. Il s'agissait, en substance, de rendre supplétives les normes extérieures à l'entreprise, à la seule exception de règles d'ordre public. Les dispositions supplétives ne s'appliquaient qu'à défaut de contrat collectif y dérogeant. Une différence tenait à l'interlocuteur privilégié pour la conclusion du contrat collectif d'entreprise : les élus du personnel en lieu et place des délégués syndicaux (v. not. ENTREPRISE ET PROGRÈS, « Le contrat collectif d'entreprise », *Liaisons soc.* 1985, n° 27/85 ; G. LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985. 801 ; J.-C. GUIBAL, « Faut-il brûler le Code du travail ? », *Dr. soc.* 1986. 602 ; R. PASCRÉ, « Le "contrat collectif d'entreprise" dévastateur », *Dr. ouvr.* 1985. 266 ; G. BÉLIER, « Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexions critiques sur certains projets », *Dr. soc.* 1986. 49 ; ENTREPRISE ET PROGRÈS, « Le "contrat collectif d'entreprise". Propositions d'Entreprise et Progrès », *Liaisons soc.* 1995, n° 9/95 ; J. BARTHÉLÉMY, « L'innovation sociale par plus de contrats. Réflexion à propos du contrat collectif d'entreprise », *JCP E* 1996. I. 521). La Position commune du 16 juill. 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, fut aussi une source d'inspiration du législateur.

I. La logique du triptyque

224. L'architecture du triptyque. Les dispositions du triptyque du code du travail relatives au comité social et économique sont organisées de la manière suivante : des dispositions d'ordre public établissent des règles auxquelles il ne peut être dérogé. Un champ ouvert à la négociation collective invite ensuite les partenaires sociaux à adapter les règles d'ordre public aux spécificités de l'entreprise¹⁵⁰⁹. L'accord collectif décline les lignes directrices fixées par la loi au sein du cadre qu'elle délimite¹⁵¹⁰. L'accord collectif spécifie la loi ou la met en œuvre¹⁵¹¹, sur le modèle du décret¹⁵¹². À défaut d'accord collectif, ou lorsqu'il ne les écarte pas expressément, des dispositions supplétives s'imposent tant à l'employeur qu'au comité social et économique¹⁵¹³.

225. Un ordre public désordonné. Les dispositions du triptyque marquées du sceau de l'ordre public ne sont pas exemptes d'incertitudes, car la notion d'ordre public a une « *puissance évocatrice aussi mystérieuse que vigoureuse* »¹⁵¹⁴. La distinction traditionnelle en droit du travail entre l'ordre public absolu et l'ordre public social est complexifiée¹⁵¹⁵. Les dispositions relèvent parfois de l'un, parfois de l'autre¹⁵¹⁶. L'autorité des dispositions d'ordre public est variable¹⁵¹⁷. Au-delà, le champ de l'ordre

¹⁵⁰⁹ G. LOISEAU, « La conventionnalisation du droit du travail. Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », in *Droit social international et européen en mouvement, Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205, spéc. p. 210.

¹⁵¹⁰ G. LOISEAU, « Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle », *BJT* 2020, n° 4, p. 52 ; G. LOISEAU, « La conventionnalisation du droit du travail. Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », in *Droit social international et européen en mouvement, Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205, spéc. p. 215.

¹⁵¹¹ A. LYON-CAEN & T. SACHS, « ADN d'une réforme », *RDT* 2013. 162 ; Adde F. FAVENNEC-HÉRY, « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? », *JCP S* 2015. 1237 : « *La négociation puis l'accord collectif sont les serviteurs de la loi ; ils n'en constituent qu'un rouage, une modalité* ».

¹⁵¹² Cons. const., 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC, consid. 8, *Rec. Cons. const.* 2004. 91 ; *D.* 2004. 3029, obs. X. Prétot & D. Chelle ; *RFDA* 2005. 409, note L. Dardalhon ; *RJS* 2004. 577 ; *JCP E* 2004. 97 ; Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556, consid. 7, *D.* 2007. 3033, obs. E. Dockès ; *RFDA* 2007. 1283, note A. Roblot-Troizier.

¹⁵¹³ F. CANUT & F. GÉA, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017. 47.

¹⁵¹⁴ T. SACHS, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT* 2017. 585.

¹⁵¹⁵ CE, avis, 22 mars 1973, *Dr. ouvr.* 1973. 190 ; *Dr. soc.* 1973. 514.

¹⁵¹⁶ G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608 ; G. LOISEAU, L. PÉCAUT-RIVOLIER & G. PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.* 2016. 886.

¹⁵¹⁷ T. SACHS, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT* 2017. 585.

public est réduit. Le renvoi du législateur à la négociation collective le ramène « à la portion congrue »¹⁵¹⁸. C'est ainsi que les dispositions d'ordre public relatives aux informations-consultations récurrentes du comité social et économique exigent qu'il soit informé et consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, sans plus de précisions¹⁵¹⁹. Le contenu de cette information-consultation est désormais exposé dans les dispositions supplétives¹⁵²⁰. Les dispositions anciennement d'ordre public sont déclassées : elles n'apparaissent plus que dans les dispositions supplétives, applicables à défaut d'accord collectif¹⁵²¹. L'ordre public contient un standard au contenu changeant pour lequel il revient à l'accord collectif de tracer les linéaments de ses contours¹⁵²². Les dispositions relatives à l'information-consultation du comité social et économique sur la modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise en attestent¹⁵²³. L'accord collectif peut écarter certaines décisions du champ de l'information-consultation du comité social et économique, antérieurement expressément visées par le texte d'ordre public¹⁵²⁴. La loi devient une norme relative dont la portée dépend de l'accord collectif qui la met en œuvre¹⁵²⁵. L'ordre public ne fixe plus un minimum commun, mais dessine des espaces de négociation¹⁵²⁶. La

¹⁵¹⁸ J. PORTA, « Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations », *Travail et Emploi* 2019, n° 158, p. 95.

¹⁵¹⁹ C. trav., art. L. 2312-17.

¹⁵²⁰ C. trav., art. L. 2312-24.

¹⁵²¹ S. SERENO, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 402.

¹⁵²² A. SUPIOT, « La loi dévorée par la convention ? », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 631 : « La loi se borne à fixer des cadres qui ne prendront sens qu'au travers d'un contenu négocié. Plus qu'une simple ratification, c'est la définition concrète de l'impératif juridique qui est ainsi renvoyé à la convention ».

¹⁵²³ C. trav., art. L. 2312-8, 2°.

¹⁵²⁴ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 429, p. 375 : « S'agissant de la consultation relative à la modification dans l'organisation économique ou juridique visée à l'article L. 2312-8, 2°, il est permis de penser qu'il est possible de prévoir par accord son contenu et les modalités de cette consultation ».

¹⁵²⁵ A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003. 59.

¹⁵²⁶ F. FAVENNEC-HÉRY, « L'ordre public légal », *JCP S* 2017. 1126 : « La répartition entre règles d'ordre public, champ de la négociation collective, loi supplétive, n'a pas pour vocation de préciser le caractère d'ordre public de la loi, dans une approche verticale de la soumission du droit conventionnel au droit législatif. Elle a pour objet de répartir horizontalement le domaine de chaque source ».

participation du comité social et économique devient tributaire de la qualité des relations sociales dans l'entreprise¹⁵²⁷.

226. Les dispositions supplétives : contre-modèle et droit résiduel. L'incitation à la négociation sur la participation du comité social et économique a lieu sous contrainte¹⁵²⁸. Le refus de conclure un accord collectif soumet les parties à une situation juridique créée par voie d'autorité¹⁵²⁹. Pour certains auteurs, les dispositions supplétives jouent comme des « *solutions modèles* »¹⁵³⁰ ou comme « *un étalon* »¹⁵³¹ pour les négociateurs¹⁵³². En réalité, les dispositions supplétives sont une menace qui plane sur l'échec des négociations¹⁵³³, en ce qu'elles apparaissent « *inadaptées au kaléidoscope du réel* »¹⁵³⁴. Elles constituent un droit résiduel¹⁵³⁵, chargé de combler le vide juridique laissé par l'échec des négociations¹⁵³⁶. Les parer du qualificatif de modèle est douteux si la notion renvoie à un « *type idéal à reproduire, traduisant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement* »¹⁵³⁷. Les dispositions

¹⁵²⁷ P. LOKIEC, « Points d'interrogation », *Dr. ouvr.* 2019. 469 ; G. LOISEAU, « Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle », *BJT* 2020, n° 4, p. 52 : « *En transférant certaines normes au sein des dispositions supplétives afin d'étendre corrélativement le champ ouvert à la négociation collective, le législateur a, le cas échéant, abaissé le niveau de protection garanti. De fait, la norme conventionnelle est susceptible d'organiser une protection moindre que celle auparavant fixée par la règle impérative devenue supplétive* ».

¹⁵²⁸ F. GAUDU, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 363, spéc. p. 373.

¹⁵²⁹ *Rappr.* P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944. 73 ; Adde J.-M. VERDIER & P. LANGLOIS, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972. 253.

¹⁵³⁰ F. CANUT & F. GÉA, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) », *Dr. soc.* 2016. 1038.

¹⁵³¹ F. CANUT & F. GÉA, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017. 47.

¹⁵³² Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235.

¹⁵³³ L. MACHU & J. PÉLISSE, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie 2) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT* 2019. 559.

¹⁵³⁴ B. TEYSSIÉ, « Le syndrome de Troie », *JCP S* 2018. 1229.

¹⁵³⁵ G. LOISEAU, « Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie », *Dr. soc.* 2018. 713 : « *L'objectif du législateur est de favoriser, de façon générale, la norme conventionnelle pour organiser le comité social et économique, en ce compris ses moyens de fonctionnement. Les règles légales sont dans ces conditions conçues pour faire office de minimum : elles posent le strict nécessaire pour pourvoir à l'action des élus. Du coup, le satisfaisant relève du négocié* ».

¹⁵³⁶ B. TEYSSIÉ, « La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement », *JCP S* 2016. 1292, l'auteur estimant que les dispositions supplétives sont « *appelées à combler le vide laissé par l'absence de contrat collectif* ».

¹⁵³⁷ C. PERÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, n° 584, p. 570.

supplétives dissuadent plus qu'elles n'inspirent¹⁵³⁸. Le modèle n'est qu'apparent¹⁵³⁹ : il s'agit plutôt d'un contre-modèle¹⁵⁴⁰. La négociation collective en sort valorisée¹⁵⁴¹.

II. La teneur du triptyque

227. Une généralisation de l'ancien accord de méthode. Le triptyque consacre une généralisation de l'accord de méthode créé en 2003¹⁵⁴², lequel est aussi évoqué par l'article 5 de la directive européenne du 11 mars 2002¹⁵⁴³. Cet accord renvoie à l'ancien article L. 320-3 du Code du travail¹⁵⁴⁴, lequel autorisait les partenaires sociaux à déroger à certaines dispositions des livres III et IV du même code pour fixer les modalités d'information-consultation du comité d'entreprise lors d'un licenciement collectif pour motif économique¹⁵⁴⁵. L'accord était de méthode car il déterminait « *l'ordonnancement de cette procédure particulière* »¹⁵⁴⁶. La négociation collective sur

¹⁵³⁸ Y. FERKANE, « La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE », *Dr. ouvr.* 2019. 446.

¹⁵³⁹ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Modèle* : « *Ce qui est donné pour servir de référence, de type* » ; TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Modèle* : « *Chose ou personne qui, grâce à ses caractéristiques, à ses qualités, peut servir de référence à l'imitation ou à la reproduction* ».

¹⁵⁴⁰ Y. FERKANE, « La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE », *Dr. ouvr.* 2019. 446.

¹⁵⁴¹ F. BERGERON-CANUT, « L'architecture "ordre public/champ de la négociation/dispositions supplétives" : facteur de conventionnalisation ? », *BJT* 2019, n° 12, p. 51.

¹⁵⁴² Créés par la L. n° 2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JORF* n° 0003, 4 janv. 2003, p. 255, texte n° 1, ils ont été pérennisés par la L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n° 0015, 19 janv. 2005, p. 864, texte n° 1.

¹⁵⁴³ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 5, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

¹⁵⁴⁴ C. BAUMGARTEN, « Accords de méthodes : un marché de dupes », *Dr. ouvr.* 2003. 358 ; F. GAUDU, « Les accords de méthode », *Dr. soc.* 2008. 915 ; A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », *JCP S* 2013. 1205.

¹⁵⁴⁵ C. trav., art. L. 320-3, al. 1, anc. : « *Des accords d'entreprise, de groupe ou de branche peuvent fixer, par dérogation aux dispositions du présent livre et du livre IV, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur projette de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours* ».

¹⁵⁴⁶ R. VATINET, « L'accord de méthode en quête de cohérence », *Gaz. Pal.* 2007, n° 226, p. 10.

le comité social et économique repose sur la généralisation de l'accord de méthode¹⁵⁴⁷, dont l'objet est grandement élargi¹⁵⁴⁸.

228. Des aménagements conventionnels importants. Les dispositions du code du travail relatives au comité social et économique s'apparentent à un « *manuel pour négociateurs* »¹⁵⁴⁹. L'objectif est de permettre aux partenaires sociaux d'identifier aussitôt le champ du négociable¹⁵⁵⁰. Entre les dispositions d'ordre public et les dispositions supplétives, les aménagements potentiels du comité social et économique par accord collectif sont innombrables¹⁵⁵¹. La base de données économiques, sociales et environnementales est concernée¹⁵⁵². Jugée trop complexe et au contenu foisonnant, le législateur a permis son adaptation selon les spécificités de l'entreprise, en vue de la procédure d'information-consultation du comité social et économique¹⁵⁵³. L'ancienne logique est inversée¹⁵⁵⁴. La base est désormais entièrement négociable¹⁵⁵⁵, sous réserve de quelques thèmes obligatoires¹⁵⁵⁶. La négociation collective est aussi ouverte pour les informations-consultations récurrentes et ponctuelles du comité social et économique, lesquelles sont soumises à l'accord collectif s'agissant de leur contenu, de leur périodicité, de leurs modalités et de l'information à délivrer au comité¹⁵⁵⁷. Les

¹⁵⁴⁷ I. MEFTAH, « La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication », *Dr. ouvr.* 2020. 640.

¹⁵⁴⁸ F. FAVENNEC-HÉRY & P. ROZEC, « Les missions du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1225.

¹⁵⁴⁹ L. MACHU & J. PÉLISSE, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie 2) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT* 2019. 559.

¹⁵⁵⁰ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 27, p. 32 : « L'objectif est d'offrir aux partenaires sociaux une vision plus claire du droit négociable ».

¹⁵⁵¹ B. GAURIAU, « L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1204 ; D. CHATARD, L. DAUXERRE & S. RIOCHE, « Le comité social et économique, premier bilan », *JCP S* 2019. 1045.

¹⁵⁵² C. trav., art. L. 2312-21.

¹⁵⁵³ Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 19.

¹⁵⁵⁴ C. trav., art. L. 2323-8, anc.

¹⁵⁵⁵ S. SERENO, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 402 : « *Initialement, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la BDES ont été fixés, de manière impérative, par la loi. Si le dialogue était incité afin d'assurer l'appropriation de cet outil d'information, la marge de manœuvre était en réalité très restreinte. Par le passé, la BDES pouvait seulement être enrichie et non modulée. Le contenu de la base ayant alors une nature impérative, les partenaires sociaux (...) pouvaient seulement prévoir l'ajout de données supplémentaires* » ; F. GÉA, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT* 2018, n° 1, p. 50.

¹⁵⁵⁶ C. trav., art. L. 2312-21.

¹⁵⁵⁷ C. trav., art. L. 2312-19, L. 2312-20, L. 2312-55, L. 2312-56, L. 1233-5 et L. 1233-21 et s.

consultations récurrentes du comité social et économique peuvent être espacées¹⁵⁵⁸, précisées¹⁵⁵⁹ ou différenciées¹⁵⁶⁰. La déclinaison exhaustive des aménagements conventionnels possibles est inutile¹⁵⁶¹. Informations-consultations récurrentes¹⁵⁶², ponctuelles¹⁵⁶³, base de données économiques, sociales et environnementales¹⁵⁶⁴, expertises¹⁵⁶⁵, délais de consultation¹⁵⁶⁶... Comme l'indique un auteur, « *jamais la matière des institutions représentatives du personnel n'avait été à ce point négociable* »¹⁵⁶⁷.

229. Conclusion de paragraphe. Le législateur a ouvert la négociation collective sur la participation du comité social et économique au travers d'un nouveau triptyque organisant les dispositions du code du travail afférentes. Les aménagements conventionnels potentiels de la participation du comité social et économique sont importants. La technique du triptyque n'est pas neutre. Elle offre la possibilité aux partenaires sociaux d'identifier aussitôt ce qui relève de l'imposé et du négociable.

230. Conclusion de section. L'essor de la négociation collective sur la participation du comité social et économique est terminée. Le champ ouvert à la négociation est immense. Tant la mise en place, que les attributions et le fonctionnement interne du comité social et économique, peuvent en être l'objet. L'organisation des dispositions en triptyque dans le code du travail participe à valoriser l'accord collectif pour adapter la participation du comité social et économique aux contraintes de l'entreprise. La

¹⁵⁵⁸ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁵⁵⁹ C. trav., art. L. 2312-55.

¹⁵⁶⁰ F. FAVENNEC-HÉRY & P. ROZEC, « Les missions du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1225, les auteurs distinguant dans le cas d'une différenciation des consultations celles liées au fonctionnement de l'entreprise de celles liées à son organisation.

¹⁵⁶¹ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1276, p. 1665 et s. ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1028, p. 778 et s. ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1232, p. 746 ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 1039, p. 473 et s. ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 871, p. 868 et s.

¹⁵⁶² C. trav., art. L. 2312-19 et L. 2312-20.

¹⁵⁶³ C. trav., art. L. 2312-55, L. 2312-56, L. 1233-5 et L. 1233-21 et s.

¹⁵⁶⁴ C. trav., art. L. 2312-21.

¹⁵⁶⁵ C. trav., art. L. 2312-79 et L. 1233-21 et s.

¹⁵⁶⁶ C. trav., art. L. 2312-19, L. 2312-55 et L. 1233-30.

¹⁵⁶⁷ F. GÉA, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT* 2018, n° 1, p. 50.

participation du comité social et économique accuse une nouvelle plasticité susceptible de l'altérer.

Section 2. La plasticité de la participation

231. Plasticité : définition et application. La plasticité renvoie à la physique des polymères et à leur réaction face à la pression¹⁵⁶⁸. Sous l'effet de contraintes faibles ou moyennes, les polymères se déforment de façon élastique et viscoélastique, sans perdre leurs propriétés. Lorsque la pression est trop élevée, elle excède le seuil de plasticité. Le polymère suit un comportement *plastique*, lequel endommage ses propriétés mécaniques, ou conduit à une rupture du polymère qui subit la pression. Le polymère s'altère dans ses propriétés. Appliquée au comité social et économique, la notion de plasticité met en exergue le risque d'altération de sa participation face à la pression exercée par la négociation collective. Celle-ci conduit à une optimisation des coûts de la participation du comité social et économique (§1), ainsi qu'à un effacement du contrôle judiciaire (§2).

§1. L'optimisation de la participation

232. La recherche d'une efficacité économique. Au-delà de sa fonction sociale, la participation du comité social et économique « engendre aussi des coûts »¹⁵⁶⁹. La négociation sur la participation du comité social et économique peut être l'occasion de les réduire et de diminuer les contraintes qu'elle représente¹⁵⁷⁰. Comme l'indique la

¹⁵⁶⁸ M. FONTANILLE & Y. GNANOU, *Chimie et physico-chimie des polymères*, 3^e éd., Dunod, 2002, p. 426 et s.

¹⁵⁶⁹ J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 4.

¹⁵⁷⁰ D. BOULMIER, « Mesures prioritaires pour endiguer la destruction programmée des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2016. 528 ; I. MEFTAH, « La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication », *Dr. ouvr.* 2020. 640 ; B. TEYSSIÉ, « Le principe de compétitivité en droit du travail », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 405, spéc. p. 406 : « les contraintes que la législation du travail est susceptible d'emporter dans la gestion de l'entreprise sont de nature à affecter sa capacité à agir promptement et à réagir en temps utile aux modifications de l'environnement économique, financier ou technologique dans lequel elle déploie son activité ».

directive européenne du 11 mars 2002, il s'agit de « *limiter au minimum les charges imposées aux entreprises (...), tout en assurant l'exercice effectif des droits accordés* »¹⁵⁷¹. La valorisation de la négociation collective s'inscrit dans ce sillon¹⁵⁷². Contrairement aux « *règles d'essence légale par nature uniforme* »¹⁵⁷³, la négociation collective est mieux adaptée à la réalité des entreprises¹⁵⁷⁴. Elle est un « *progrès social* »¹⁵⁷⁵, car moins complexe et plus flexible¹⁵⁷⁶. La thèse est fréquemment reprise par nombre de rapports¹⁵⁷⁷. Mais l'assertion relève davantage du mythe que de la

¹⁵⁷¹ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, consid. 22, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

¹⁵⁷² F. GÉA, « Les soubassements de la réforme », *RDT* 2017. 593.

¹⁵⁷³ J. BARTHÉLÉMY & G. CETTE, « Réformer le droit social », *Dr. soc.* 2016. 400 ; Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Dr. soc.* 2020. 854 : « *L'idée qui prévaut est que tant que l'essentiel du droit du travail est d'origine légale, il constitue un obstacle à l'efficacité économique, donc indirectement à l'emploi, dans la mesure où les normes sont destinées à s'appliquer indistinctement à toutes les entreprises, peu important la réalité économique et sociale particulière de chacune* ».

¹⁵⁷⁴ E. PESKINE, « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT* 2015. 339 : « *Appuyé par nombre de rapports, le processus de valorisation de la norme conventionnelle est à l'œuvre depuis longtemps. Sont ainsi vantées la capacité d'adaptation de la norme collective, l'adhésion des acteurs du monde du travail qu'elle implique, la simplification du droit du travail qu'elle induit et l'efficacité économique qu'elle sert* » ; B. TEYSSIÉ, « Variations sur un diptyque », *JCP S* 2017. 1125 : « *cette adaptation du corpus normatif aux particularités des activités de l'entreprise, à ses modes et rythmes de production, à son "schéma organisationnel", aux aspirations de ses salariés, constituerait un "vecteur d'efficacité", donc de gains de productivité et de compétitivité* » ; J. BARTHÉLÉMY, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737 : « *L'amélioration de la compétitivité vient aussi de ce que la signature d'accords améliore le climat social qui est un ratio économique* ».

¹⁵⁷⁵ J. BARTHÉLÉMY & G. CETTE, « Réformer le droit social », *Dr. soc.* 2016. 400 ; Adde M. VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel », *RTD civ.* 1964. 15 : « *Il est aujourd'hui de vérité éprouvée que pour les relations sociales, les dispositions conventionnelles ont des vertus permanentes que ne possèdent ni les lois ni les règlements* » ; Contra R. GOETZ-GIREY, « Problématique des syndicalismes », *Dr. soc.* 1965. 130 : « *En France, par tradition juridique, nous considérons que le progrès social doit se faire par la loi (...)* » (nous soulignons).

¹⁵⁷⁶ J. DE MUNCK, « Les trois crises du droit du travail », *Dr. soc.* 1999. 443 : « *il est incontestable que la négociation collective reste un instrument privilégié de gestion de la flexibilité* » (nous soulignons) ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 167 : « *À leur manière, les conventions collectives de travail (et les accords collectifs qui ne s'en distinguent que par leur objet plus circonscrit) participent aujourd'hui, sans toujours le vouloir, à la politique de flexibilité. Tandis que la loi se veut une et indivisible, les conventions ont vocation à la diversité* » (nous soulignons).

¹⁵⁷⁷ M. DE VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004 ; L. GALLOIS, *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Rapport au Premier ministre, 2012 ; J.-D. COMBEXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015 ; INSTITUT MONTAIGNE, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport, 2015.

démonstration¹⁵⁷⁸. Nouveau « *pilier du droit du travail* »¹⁵⁷⁹, la fonction organisationnelle de la négociation collective a atteint la participation du comité social et économique¹⁵⁸⁰. Une vision gestionnaire peut désormais prévaloir, à travers laquelle l'optimisation des coûts induits par la participation du comité social et économique est recherchée¹⁵⁸¹.

233. Étude corroborative des accords collectifs. Une diversification des systèmes de participation s'ensuit¹⁵⁸². Un auteur l'avait prédit en écrivant que c'est un « *principe de différence qui caractériserait le futur système : autant d'entreprises, autant de normes conventionnelles* »¹⁵⁸³. Avec un droit du travail de plus en plus « *composite* »¹⁵⁸⁴, la participation du comité social et économique est fonction de la capacité des acteurs de la négociation collective à l'assurer¹⁵⁸⁵. La participation du comité social et économique devient protéiforme, selon le « *contexte particulier de chaque entreprise* »¹⁵⁸⁶. Les parties à la négociation collective peuvent toujours négocier *in*

¹⁵⁷⁸ G. BÉLIER, « La centralité de l'accord d'entreprise : une croyance plus qu'une démonstration », *RDT* 2015. 656 ; *Rappr.* C. ATIAS & D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977. 251 : « *De l'idée trop fréquemment reprise, généralisée sans vérification, ni nuance, jaillit le mythe* ».

¹⁵⁷⁹ P. LOKIEC, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJS* 2018, n° 1, p. 47.

¹⁵⁸⁰ G. VACHET, « La fonction organisationnelle de la convention collective », *in* *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 559.

¹⁵⁸¹ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 11, p. 18.

¹⁵⁸² J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 153 : « *il n'y a pas un système mais des systèmes de représentation qui sont construits non seulement en référence au cadre légal mais également par rapport aux forces en présence et aux traditions internes à l'entreprise* ».

¹⁵⁸³ G. LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003. 355.

¹⁵⁸⁴ G. LOISEAU, « Le comité social et économique », *Dr. soc.* 2017. 1044 : « *Le droit du travail est de plus en plus composite et favorise l'élaboration de normes spéciales, propres à chaque entreprise, intuitu firmae. Le nouveau droit de la représentation du personnel n'échappe pas à cette tendance de fond* ».

¹⁵⁸⁵ J. MORIN, « Regards sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales », *Dr. ouvr.* 2018. 457 : « *se cantonner à imposer l'instauration d'une institution représentative du personnel dans l'entreprise et renvoyer sa réglementation à la négociation collective revient donc à confier aux interlocuteurs sociaux la responsabilité de son efficacité juridique, au risque de l'en priver si l'accord collectif ne présente pas de garanties suffisantes* ».

¹⁵⁸⁶ S. SERENO, « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 402 : « *la négociation sur l'information-consultation du comité social et économique est susceptible d'engendrer une profusion de configurations de l'instance représentative en fonction du contexte particulier de chaque entreprise. Il en résulte l'émergence d'un droit composite de la représentation élue du personnel* ».

melius la participation du comité social et économique¹⁵⁸⁷. Mais l'étude des accords collectifs démontre que le droit conventionnel sur la participation du comité social et économique est « *finalement pauvre* »¹⁵⁸⁸. Les accords collectifs sur le comité social et économique consacrent, pour la plupart, les dispositions légales supplétives¹⁵⁸⁹, ou les adaptent de façon dépréciative¹⁵⁹⁰. La conventionnalisation de la participation du comité social et économique n'a pas abouti à un renforcement généralisé de sa vigueur, mais a consacré un phénomène de « *managérialisation* »¹⁵⁹¹ du droit, lequel subordonne les normes juridiques aux impératifs de gestion des entreprises¹⁵⁹².

234. L'accord collectif, source unique d'un droit. Le phénomène est saillant lorsque l'accord collectif devient la seule source d'un droit au profit du comité social et

¹⁵⁸⁷ C. trav., art. L. 2312-4 : « *Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages* ».

¹⁵⁸⁸ Une telle expression conserve tout son sens, malgré son ancienneté (v. G. LYON-CAEN, « Le droit conventionnel du travail », *D.* 1963. 15 : « *Comités d'entreprise et délégués du personnel étant les plus récentes parmi les institutions sociales d'initiative légale, le droit conventionnel les concernant est finalement pauvre. Notamment, on ne rencontre aucune clause étendant ou organisant les attributions économiques et financières des comités d'entreprise* »).

¹⁵⁸⁹ Tel est le cas s'agissant notamment des délais de consultation du comité social et économique (v. B. TEYSSIÉ & alii, *Droit et pratique du comité social et économique*, LexisNexis, 2018, n° 532, p. 461 : « *Bien que le Code du travail offre aux partenaires sociaux la possibilité de fixer par accord des délais de consultation plus courts, la plupart des accords sont muets sur cette question. S'agissant des entreprises qui ont néanmoins décidé de traiter ce sujet, sont fréquemment rappelés les délais préfix prévus par le Code du travail à défaut d'accord collectif* ») ou des expertises (v. S. MRAOUAHI, « L'expert du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 617).

¹⁵⁹⁰ UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER, *Analyse de 450 accords relatifs au comité social et économique signés entre le 22 septembre 2017 et le 30 mars 2018*, Rapport, École de Droit Social de Montpellier, 2019, p. 102 et s. Ce rapport indique notamment que 90% des accords étudiés en matière d'informations-consultations ponctuelles « *se bornent à reprendre les dispositions légales supplétives* » (p. 103). Lorsque les accords collectifs traitent du délai de consultation en l'absence d'expertise, « *le délai de quinze jours est le plus retenu devant le délai d'un mois* » (p. 105). En cas d'avis remis avec expertise, « *c'est le délai de deux mois prévu par les dispositions supplétives qui est le plus fréquent devant le délai d'un mois* » (p. 106). Pour une synthèse de ce rapport, v. P.-H. ANTONMATTEI, A. DONNETTE-BOISSIÈRE & C. MARIANO, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *Dr. soc.* 2019. 1054.

¹⁵⁹¹ J. PÉLISSÉ, « La mise en œuvre des 35 heures : d'une managérialisation du droit à une internalisation de la fonction de justice », *Droit et société* 2011, n° 77, p. 39 ; B. EDELMAN, S. R. FULLER & I. MARIA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *American Journal of Sociology* 2001, n° 106, p. 1589.

¹⁵⁹² S. BÉROUD & K. YON, « Réforme de la représentativité, pouvoir syndical et répression. Quelques éléments de réflexion », *Agone* 2013, n° 50, p. 159 ; F. GÉA, « Un renouveau de la négociation collective ? », in F. GÉA, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 21, spéc. p. 105 : « *il ne fait aucun doute qu'un déplacement s'est produit, qui consiste à faire de l'accord d'entreprise un instrument de compétitivité, en exacerbant sa fonction économique réduite à cette finalité particulière* ».

économique¹⁵⁹³. L'obligation d'information-consultation sur l'introduction de nouvelles technologies est concernée, son champ n'étant plus défini par les dispositions d'ordre public¹⁵⁹⁴. Si le comité social et économique doit être informé et consulté en cas d'introduction de nouvelles technologies, la disposition prévoyant une information spécifique sur certains thèmes a disparu¹⁵⁹⁵, à l'image de l'obligation de mise en œuvre d'un plan d'adaptation à ces nouvelles technologies et la consultation s'y rattachant¹⁵⁹⁶. Les obligations purement supplétives illustrent aussi le phénomène dès lors qu'un accord collectif peut les aménager ou les écarter. L'obligation d'information des nouveaux élus du comité social et économique dans le mois suivant les élections professionnelles en fait partie¹⁵⁹⁷. L'obligation pour l'entreprise donneuse d'ordre d'informer l'entreprise sous-traitante lorsqu'un projet de restructuration est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi de cette dernière en est un autre exemple¹⁵⁹⁸.

235. Conclusion de paragraphe. La négociation collective pour organiser la participation du comité social et économique porte l'idée d'une adaptabilité de la norme à l'entreprise. Si les négociateurs peuvent améliorer le minimum posé par les dispositions d'ordre public, les études d'ampleur sur les accords collectifs démontrent qu'une vision gestionnaire de la participation du comité social et économique prévaut. L'accord collectif permet la réduction des contraintes induites par la participation du comité social et économique, au détriment de son intensité. Le contrôle judiciaire des accords collectifs n'est pas en reste.

¹⁵⁹³ G. LOISEAU, « La conventionnalisation du droit du travail. Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », *in* Droit social international et européen en mouvement, *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205, spéc. p. 217 : « Ce monopole de la convention collective pour mettre en œuvre certains dispositifs peut être regardé comme le point culminant du mouvement de conventionnalisation du droit du travail ».

¹⁵⁹⁴ C. trav., art. L. 2312-8.

¹⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 2323-13, anc.

¹⁵⁹⁶ C. trav., art. L. 2323-14, anc.

¹⁵⁹⁷ C. trav., art. L. 2312-57.

¹⁵⁹⁸ C. trav., art. L. 2312-58.

§2. L'effacement du contrôle judiciaire

236. L'appréciation judiciaire des accords collectifs : illustration avec les délais de consultation. La plasticité de la participation du comité social et économique induite par la négociation collective conduit à une « *mise à l'écart du contrôle judiciaire* »¹⁵⁹⁹ sur les accords collectifs¹⁶⁰⁰. Les partenaires sociaux y sont, dans une certaine mesure, soustraits¹⁶⁰¹. Le régime des délais de consultation du comité social et économique l'illustre. Le code du travail prévoit que le comité social et économique doit disposer d'un délai d'examen suffisant dans l'exercice de ses attributions consultatives¹⁶⁰². La durée du délai n'est pas précisée, mais la loi ajoute que celui-ci doit permettre au comité social et économique « *d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises* »¹⁶⁰³. Le législateur instaure un principe théorique - le délai d'examen suffisant -, à charge pour l'accord collectif de le décliner en pratique¹⁶⁰⁴. Un délai minimum de quinze jours auquel l'accord collectif ne pouvait déroger était antérieurement prévu¹⁶⁰⁵, mais ce délai a été abrogé¹⁶⁰⁶. L'étendue du contrôle judiciaire sur l'accord collectif relatif aux délais de consultation du comité social et économique est désormais incertaine.

¹⁵⁹⁹ E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 131, p. 84.

¹⁶⁰⁰ J.-D. COMBEXELLE, « Les relations collectives du travail : "La carte et le territoire" », *Dr. soc.* 2013. 239 : « *Il faut, par exemple, dire au juge qu'il est important de laisser une marge aux partenaires sociaux et que, sans faire de l'accord collectif une zone de non-droit, cela suppose de sa part une dose de "self restraint"* ».

¹⁶⁰¹ B. BAUDUIN, « Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel », *RDT* 2017. 525 : « *La promotion de l'accord collectif s'accompagne de la volonté du législateur de cantonner l'étendue du contrôle du juge* ».

¹⁶⁰² C. trav., art. L. 2312-15.

¹⁶⁰³ C. trav., art. L. 2312-16.

¹⁶⁰⁴ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.* 2014. 438 : « *L'impulsion par la loi de la négociation collective d'entreprise s'accompagne d'un abandon par la loi de son rôle de référence dans le contenu de l'accord collectif* ».

¹⁶⁰⁵ C. trav., art. L. 2323-3, al. 3, anc.

¹⁶⁰⁶ Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 3.

237. Une appréciation *in concreto*. Si une appréciation *in concreto* était retenue¹⁶⁰⁷, le juge serait guidé par l'exigence d'un délai d'examen suffisant¹⁶⁰⁸ et l'exercice utile de la compétence du comité social et économique¹⁶⁰⁹. Ces standards juridiques sont toutefois nébuleux¹⁶¹⁰. Les décisions judiciaires en seraient rendues imprévisibles¹⁶¹¹. Un juge pourrait considérer que des délais de six jours ou d'une semaine sont insuffisants¹⁶¹². Un autre pourrait juger suffisant un délai de dix jours concernant une opération de restructuration¹⁶¹³. Le contrôle judiciaire *in concreto* de l'accord collectif donnerait lieu à un contentieux aléatoire¹⁶¹⁴, sauf à ce que l'ancien délai minimal de quinze jours continuerait à éclairer le juge dans son appréciation du délai d'examen suffisant¹⁶¹⁵. La doctrine de l'administration du travail était en ce sens¹⁶¹⁶. Le délai minimal de quinze jours ayant été abrogé¹⁶¹⁷, le juge ne pourrait cependant qu'implicitement s'y référer¹⁶¹⁸.

¹⁶⁰⁷ *Rappr.* TJ Évry, 23 juill. 2021, n° 19/02229.

¹⁶⁰⁸ C. trav., art. L. 2312-15.

¹⁶⁰⁹ C. trav., art. L. 2312-16.

¹⁶¹⁰ Le standard désigne une « norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Standard*), une « notion à contenu variable » (S. GUINCHARD & T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, 2023, p. 1019) ou une notion souple (C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n° 5488, p. 984). En d'autres termes, le standard juridique « évoque l'indétermination tout en étant déterminable. Il permet ainsi aux aspects juridiques les plus complexes d'être dissimulés derrière une simplicité énigmatique, laquelle est jumelée à une banalité certaine » (A. BENNINI, « La procéduralisation du droit des sociétés », *RTD com.* 2010. 499).

¹⁶¹¹ L. MARQUET DE VASSELLOT & A. MARTINON, « Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise », *JCP S* 2014. 1183 : « peu d'enseignements à caractère général peuvent être déduits tant les décisions qui en résultent procèdent des circonstances de fait propres à chaque litige ».

¹⁶¹² CA Versailles, 2 avr. 2008, n° 08/00182 ; Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15.417, *Bull. civ.* V, n° 163 ; *Dr. soc.* 1996. 484, obs. A. Lyon-Caen ; *RJS* 1996. 559 ; *BJS* 1996, n° 11, p. 939 ; *Dr. ouvr.* 1996. 317, note M. Miné ; *JCP E* 1996. 161, note G. Picca ; *Gaz. Pal.* 1997, n° 37, p. 11, note J. Neret ; *Dr. soc.* 1996. 932, obs. G. Bélier & H.-J. Legrand.

¹⁶¹³ Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 97-21.742, *Bull. civ.* V, n° 335 ; *RJS* 1999. 1264.

¹⁶¹⁴ L. MARQUET DE VASSELLOT & A. MARTINON, « Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise », *JCP S* 2014. 1183.

¹⁶¹⁵ C. trav., art. L. 2323-3, al. 3, anc.

¹⁶¹⁶ Circ. DGT n° 2014-1, 18 mars 2014, Fiche 2, pt. 3.1.

¹⁶¹⁷ Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 3.

¹⁶¹⁸ Le juge peut aussi se référer à la doctrine de l'administration du travail antérieure à l'instauration des délais de consultation et considérer que la détermination du délai doit intégrer « les difficultés spécifiques que présentera l'examen auquel le comité d'entreprise se livrera » (Circ. DRT n° 12, 30 nov. 1984, pt. 1.1.3).

238. L'autonomie des négociateurs. L'autonomie des négociateurs pourrait être privilégiée¹⁶¹⁹. L'accord collectif socialement légitime devrait inciter le juge à s'effacer¹⁶²⁰. Le contrôle judiciaire de l'accord collectif serait minimal, puisque cantonné à l'insuffisance manifeste du délai de consultation conventionnel¹⁶²¹. L'accord collectif ferait « *obstruction à l'interprétation de la règle par le juge* »¹⁶²². Il ne serait plus que le garant de l'ordonnancement des sources juridiques¹⁶²³. Ce rôle minimal du juge assurerait la sécurisation des délais de consultation du comité social et économique reposant sur un fondement conventionnel¹⁶²⁴. Mais il pourrait aussi

¹⁶¹⁹ J. DANIEL, « L'égalité, entre liberté et fraternité », *JCP S* 2019. 1001.

¹⁶²⁰ A. MARTINON & E. PESKINE, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2017. 115 : « Indéniablement, la norme conventionnelle est perçue comme un instrument de mise à l'écart du juge, dont la légitimité doit s'effacer devant la légitimité sociale » ; E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 131, p. 84 : « Incidemment, par le recours à la norme conventionnelle, l'interprétation judiciaire de la règle légale, interprétation riche et constructive car conforme à sa finalité, se trouve écartée » ; F. PETIT, « Comité d'entreprise : vers une logique de coopération », *Cah. soc.* 2014, n° 266, p. 526.

¹⁶²¹ V. ARMILLEI & P. LAGESSE, « À propos des délais de consultation du CSE (2^e partie) », *SSL* 2017, n° 1792, p. 6 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *Dr. soc.* 2017. 425.

¹⁶²² E. LAFUMA, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n° 131, p. 83.

¹⁶²³ M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996. 395.

¹⁶²⁴ R. CHISS, « Les temps de la consultation du comité d'entreprise : réflexions pratiques », *JCP S* 2015. 1174.

entraîner une réduction généralisée des délais de consultation du comité social et économique¹⁶²⁵.

239. Légitimité et légalité. Cette appréhension du contrôle judiciaire attesterait aussi d'une confusion, car la légitimité d'un acte n'assure pas toujours sa légalité¹⁶²⁶. Un délai de consultation conventionnel d'une durée de huit jours pourrait, par exemple, méconnaître l'exigence légale de suffisance du délai de consultation du comité social et économique¹⁶²⁷. Or, le juge ne pourrait le constater¹⁶²⁸. L'autonomie des négociateurs sortirait « *victorieuse* »¹⁶²⁹ face au juge judiciaire¹⁶³⁰. Il semble cependant difficile

¹⁶²⁵ V. not. FRANCE TÉLÉVISION PUBLICITÉ, Accord portant sur l'organisation et le fonctionnement du comité social et économique de l'UES FTP-FTPIO, 2018, art. 4, l'accord prévoyant un délai de huit jours ouvrés dans le cas général, quinze jours ouvrés en cas de modification de l'organisation liée à l'introduction de nouvelles technologies ou de l'organisation du travail concernant plus d'un service, quinze jours ouvrés en cas de licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés ou d'un membre du comité social et économique ; FIDAL, Accord relatif à la mise en place, au fonctionnement et à l'organisation de l'information et de la consultation du comité social et économique, 2018, art. 6.1 : « *Sauf dispositions législatives spéciales, le CSE dispose du délai maximum de dix jours calendaires pour rendre un avis dans le cadre d'une consultation récurrente ou ponctuelle* » (nous soulignons) ; RENAULT SAS, Accord relatif au dialogue social et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales au sein de Renault SAS, 2018, art. 1.4.1 et 1.4.2, l'accord prévoyant un délai de 15 jours pour les consultations récurrentes et de 8 jours pour les consultations ponctuelles ; GIFI MAG, Accord collectif relatif à la mise en place et au fonctionnement du comité social et économique de la société Gifi Mag, 2019, art. 6.6 : « *Pour l'ensemble des consultations pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai spécifique, le délai maximal dans lesquels les avis du comité social et économique sont rendus est fixé à quinze (15) jours calendaires* » (nous soulignons) ; GSF ATHENA, Accord d'entreprise. Mise en place et fonctionnement du CSE, 2019, art. 6 : « *Pour l'ensemble des consultations mentionnées au code du travail pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai spécifique, le CSE Central ou les CSE d'établissements seront réputés avoir été consultés et avoir rendu un avis négatif à l'expiration d'un délai de 15 jours* » (nous soulignons) ; COLAS CENTRE OUEST, Accord relatif à la mise en place et au fonctionnement des comités sociaux et économiques d'établissement et au comité social et économique central au sein de la société Colas Centre Ouest, 2018, art. 3.3.3 : « *Pour l'ensemble des consultations (récurrentes/ponctuelles) pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai, le Comité est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis défavorable à l'issue d'un délai de quinze jours* » (nous soulignons).

¹⁶²⁶ A. MARTINON & E. PESKINE, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2017. 115 : « *la conformité de l'accord à l'ordre juridique ne saurait être entièrement absorbée par la légitimité* ».

¹⁶²⁷ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 1003, p. 759 : « *les délais inférieurs à 15 jours fixés par certains accords permettant difficilement, selon nous, de conférer un effet utile à la consultation du comité* ».

¹⁶²⁸ M. DE VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004, p. 67 : « *il convient que les partenaires sociaux puissent s'engager dans la négociation avec la certitude que, s'ils respectent les règles ainsi fixées, le résultat de la négociation ne sera pas remis en cause* ».

¹⁶²⁹ M. GRÉVY & P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013. 173.

¹⁶³⁰ P. HENRIOT, « Les fonctions et les mots. Confiance dans et de l'entreprise : à quel prix ? », *RDT* 2016. 761 : « (...) *quel juge prendra le risque d'écarter la volonté des négociateurs ou d'en réduire la portée, quand bien même elle emporterait, pour certains, des conséquences imprévues et excessives ?* ».

d'écarter ainsi le contrôle judiciaire des accords collectifs¹⁶³¹. Le renvoi du législateur à la négociation collective est admise à condition de définir « *les garanties légales suffisantes apportées aux libertés à valeur constitutionnelle* »¹⁶³². La participation du comité social et économique relevant de ces libertés¹⁶³³, le contrôle judiciaire des accords collectifs s'inscrit dans les garanties légales que l'autonomie des négociateurs ne peut éroder¹⁶³⁴. L'évitement du juge par la négociation collective n'est ni possible¹⁶³⁵, ni même souhaitable¹⁶³⁶.

240. Conclusion de paragraphe. La négociation collective sur la participation du comité social et économique soulève la question de son contrôle judiciaire. Selon une certaine doctrine, la légitimité sociale de l'accord collectif devrait écarter le juge, au profit de l'autonomie collective des négociateurs. Il semblerait cependant que le juge ne puisse être totalement marginalisé. Son office sera alors cantonné à l'illégalité manifeste de l'accord collectif.

241. Conclusion de section. Le développement de la négociation collective a entraîné une plasticité de la participation du comité social et économique. Celle-ci devient

¹⁶³¹ Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, *Rec. Cons. const.* 1989. 59 ; *Dr. soc.* 1989. 701, obs. X. Prétot ; *AJDA* 1989. 796, note F. Benoit-Röhmer ; Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, consid. 28, *Rec. Cons. const.* 2000. 33 ; *D.* 2001. 837, obs. V. Bernaud ; *LPA* 2000, n° 24, p. 16, note C. Charbonneau & F.-J. Pansier ; *RJS* 2000. 175 ; *Dr. soc.* 2000. 257, obs. X. Prétot ; Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, consid. 28, *D.* 2007. 3033, obs. E. Dockès ; *RFDA* 2007. 1283, note A. Roblot-Troizier.

¹⁶³² J. DIRRINGER, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouvr.* 2016. 56.

¹⁶³³ *Rappr.* Cass. soc., 1^{er} févr. 2023, n° 21-15.371, *Bull. civ.* V ; *D.* 2023. 244 ; *RDT* 2023. 130, obs. C. Wolmark ; *Gaz. Pal.* 2023, n° 6, p. 25 ; *BJT* 2023, n° 3, p. 24, note G. Auzero ; *RJS* 2023. 209 ; *JCP S* 2023. 1054, note Y. Pagnerre & E. Jeansen ; *JCP E* 2023. 168 ; *JCP G* 2023. 285, note F. Duquesne & J. Heintz ; *SSL* 2023, n° 2034, p. 15, note O. Dutheillet de Lamothe.

¹⁶³⁴ F. GUIOMARD, « L'autonomie collective face aux juges. Brèves observations sur les effets de la loi Travail », *RDT* 2016. 838.

¹⁶³⁵ F. GÉA, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT* 2018, n° 1, p. 50 : « *Un contrôle du juge nous paraît s'imposer en pareilles hypothèses, au nom de la légalité mais également de l'exigence d'un dialogue social de qualité* » ; L. PÉCAUT-RIVOLIER, « L'accord collectif et le juge », *Dr. soc.* 2017. 96 : « *Tout acte juridique doit pouvoir être contesté devant un juge, et le juge de l'accord collectif est le juge judiciaire. Il est donc évident que le juge exerce un contrôle de légalité sur l'accord collectif, dont il vérifie la forme et le fond* ».

¹⁶³⁶ M. GRÉVY & P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013. 173 : « *Il serait mauvais signe pour notre démocratie que l'entreprise (re)devienne une forteresse, un lieu clos soustrait au regard des juges et, singulièrement, du juge judiciaire. Pas plus que la démocratie politique, la démocratie sociale ne peut être une démocratie sans juge, seul garant, en dernier recours, des droits des salariés et de leurs représentants* ».

tributaire de la qualité des relations sociales dans l'entreprise et des accords collectifs en résultant. Elle a aussi favorisé l'effacement du contrôle judiciaire de l'accord collectif. La participation du comité social et économique, désormais dépendante de la négociation collective, en ressort fragilisée.

242. Conclusion de chapitre. La négociation collective sur la participation du comité social et économique est nouvelle ; les réformes récentes ont accéléré le phénomène d'extension de sa fonction organisationnelle. Tant les attributions du comité social et économique que son fonctionnement interne sont désormais négociables. La participation du comité social et économique est dépendante de la qualité des relations sociales dans l'entreprise. Si les accords collectifs plus favorables sont toujours possibles, la plasticité de la participation du comité social et économique conduit à favoriser une vision gestionnaire de celle-ci. L'effacement du contrôle judiciaire des accords collectifs favorise aussi cette vision. Le renouvellement des sources de la participation du comité social et économique atteint la vigueur de celle-ci. En interroger les acteurs s'avère nécessaire.

Chapitre 2. L'acteur de la négociation sur la participation

« peu de perspectives peuvent être aussi exaltantes pour les juristes de ce temps. Alors qu'ils pouvaient craindre de venir trop tard, dans une science au passé déjà long, voici que l'évolution sociale les conduit à éclairer d'une manière nouvelle les institutions traditionnelles, à prendre conscience des traits originaux de la société contemporaine, à conquérir des terres, encore à peu près inconnues »¹⁶³⁷

243. Le monopole syndical de négociation collective. La mission de négociation collective est historiquement dévolue aux organisations syndicales représentatives. Celles-ci sont représentées, au niveau de l'entreprise, par les délégués syndicaux. Ils jouissent d'un monopole de négociation collective au niveau de l'entreprise. L'extension du champ de la négociation collective à la participation du comité social et économique ne l'a pas remis en cause. Le comité social et économique ne négocie pas sur sa participation, sauf dans l'hypothèse d'un défaut de représentation syndicale dans l'entreprise, à titre supplétif (**Section 1**).

244. Le dépassement du monopole syndical de négociation collective. La légitimité du délégué syndical pour négocier sur la participation du comité social et économique peut être discutée, car elle est assise sur les élections professionnelles du comité social et économique. L'intervention alternative du comité social et économique dans la négociation sur sa participation pourrait être expérimentée. Elle ne contreviendrait pas au monopole syndical de négociation collective (**Section 2**).

¹⁶³⁷ P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.* 1956. 73.

Section 1. Un acteur classique : le syndicat

245. Le droit français consacre un monopole de négociation collective au profit des organisations syndicales représentatives (§1). Son éviction doit être envisagée, en raison de l'objet particulier des accords collectifs sur la participation du comité social et économique (§2).

§1. Le monopole syndical de négociation collective

246. Historiquement justifié (I), le monopole syndical de négociation collective peut aujourd'hui être contesté. Les transformations de la légitimité des organisations syndicales le rendent dépassé (II).

I. Un monopole justifié

247. Le double canal de représentation dans l'entreprise. La fin de la Seconde Guerre mondiale place la France dans une situation particulière¹⁶³⁸. Cette situation originale sur les plans économique, politique et social, va influencer de manière décisive le système de représentation du personnel qui se met en place¹⁶³⁹. Une législation de compromis est adoptée : la France fait le choix, dans l'entreprise, d'une

¹⁶³⁸ S. BERSTEIN & P. MILZA, *Histoire de la France au XX^e siècle (1930-1958)*, t. 2, Perrin, 2009, Chap. VII et VIII.

¹⁶³⁹ J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 42 ; J.-P. LE CROM, « Une révolution par la loi ? L'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 165 : « *S'il ne fait pas de doute que la création des comités d'entreprise est bien une conquête syndicale, il est tout aussi important de souligner qu'elle a fait l'objet de compromis et de choix, techniques sans doute, mais aussi politiques ; qu'il y en avait d'autres, comme le montre la diversité des expériences étrangères ; que ces choix dépendent à la fois de la situation économique, des rapports de force politiques et syndicaux, de déterminants qu'on peut qualifier de culturels car liés à la spécificité de l'histoire sociale française et à son évolution* ».

représentation à double canal¹⁶⁴⁰. Le choix entre représentation élue et représentation syndicale est fait en faveur de la première¹⁶⁴¹. Une instance élue du personnel est introduite : le comité d'entreprise¹⁶⁴². La faveur donnée au comité d'entreprise s'explique par la tradition patronale dominante de l'époque¹⁶⁴³, soit le refus de l'établissement des moyens et garanties d'exercice de l'activité syndicale¹⁶⁴⁴. Les syndicats demeurent à l'extérieur de l'entreprise¹⁶⁴⁵. Grâce au monopole de présentation des candidatures au premier tour des élections professionnelles du comité d'entreprise, le syndicat pénètre toutefois subrepticement l'entreprise¹⁶⁴⁶.

248. Le double canal de participation dans l'entreprise. La place du syndicat dans l'entreprise ensuite reconnue, le double canal de représentation devient confus. Il est

¹⁶⁴⁰ J. DE GIVRY, « Droits des représentants syndicaux et participation des travailleurs aux décisions dans les entreprises : un point de vue international », *Dr. soc.* 1969. 19 ; A. BRUN, « L'évolution en droit français du rôle du syndicalisme dans l'entreprise », in *Les Cahiers de Droit, Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 429.

¹⁶⁴¹ J.-M. BÉRAUD, « Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français », *Dr. soc.* 2019. 196 ; Adde J. SAVATIER, « La notion de représentativité des syndicats en droit français », in *Les Cahiers de Droit, Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 437, spéc. p. 441 : « au niveau de l'entreprise, le système français de relations industrielles a privilégié la représentation des travailleurs par des délégués élus, par rapport à la représentation directe par les syndicats ».

¹⁶⁴² Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954.

¹⁶⁴³ A. BRUN, « L'évolution en droit français du rôle du syndicalisme dans l'entreprise », in *Les Cahiers de Droit, Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 429, spéc. p. 430.

¹⁶⁴⁴ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT & A. LYON-CAEN, « L'ordonnement des relations du travail », *D.* 1998. 359 ; J.-M. VERDIER, « Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, éd. A. Pedone, 1999, p. 607, spéc. p. 608 ; Adde J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « La présence du syndicat dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969. 153 : « le patronat en général considérait que le syndicat serait un intrus dans l'entreprise ».

¹⁶⁴⁵ J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « La présence du syndicat dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969. 153 : « le rôle du syndicat étant de défendre les intérêts communs des travailleurs de la même profession, disséminés dans de nombreuses entreprises et isolés, il devait s'organiser au dehors, dans le cadre local ou régional de la profession, en une force indépendante, appuyée par des fédérations professionnelles et des unions interprofessionnelles, nécessairement extérieures aux entreprises » ; Adde P. RODIÈRE, « Rapport français », in *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLV, Litec, 1994, p. 549 : « La reconnaissance de la liberté syndicale (avec la loi du 21 mars 1884) a longtemps été combinée en France avec une neutralisation syndicale de l'entreprise. Que des syndicats existent, et même qu'ils soient propres aux entreprises, c'était admis, mais les syndicats étaient maintenus hors de l'entreprise » (nous soulignons).

¹⁶⁴⁶ M.-F. BIED-CHARRETON, « L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise », *Dr. ouvr.* 1995. 56 : « Compte tenu du pouvoir de direction de l'employeur, la représentation élue doit être vertébrée par une représentation par nature fondée sur l'indépendance et l'expérience. Et ce ne peut être que cette représentation par nature qui négocie des accords générateurs d'avantages pour les salariés. L'articulation entre les missions du syndicat et du comité d'entreprise est ainsi fondée sur un équilibre, une complémentarité et une harmonie entre la représentation par mandat et la représentation par nature de la collectivité des salariés. Cet équilibre est fondamental ».

« porteur d'ambiguïtés susceptibles de générer des difficultés, rivalités et conflits autres que ceux qu'il a pour ambition de traiter »¹⁶⁴⁷. La perméabilité du double canal est importante¹⁶⁴⁸. Avec lui se dessinent cependant deux formes de participation dans l'entreprise : l'information-consultation, assurée par le comité social et économique, et la négociation collective, assurée par les syndicats représentatifs¹⁶⁴⁹. Les organisations syndicales ne peuvent se substituer au comité social et économique pour rendre un avis sur le projet de décision de l'employeur¹⁶⁵⁰. Elles ne sont pas recevables à agir en justice pour faire ordonner la communication de documents à leur profit ou à celui du comité social et économique quand il ne l'a pas exigé¹⁶⁵¹. Les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et « les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise »¹⁶⁵². L'employeur qui favorise la négociation collective avec le comité social et économique en présence de syndicats représentatifs dans l'entreprise commet le délit d'entrave au droit syndical¹⁶⁵³. Ce comportement porte « atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour

¹⁶⁴⁷ J.-M. BÉRAUD, « Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français », *Dr. soc.* 2019. 196, l'auteur ajoutant que si « la notion de modèle renvoie peu ou prou à une épure cohérente immédiatement accessible à l'observateur (...) il n'est pas certain que le système français de représentation des travailleurs dans l'entreprise puisse être qualifié de modèle » ; Contra L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de "démocratie sociale" », *Cah. soc.* 2017, n° 302, p. 39 : « La France, elle, a traditionnellement fait le choix d'avoir dans les entreprises une double implantation représentative, élue et syndicale, qu'elle combine de manière somme toute assez harmonieuse ».

¹⁶⁴⁸ D. GAIRE-SIMONNEAU, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, LGDJ, 2016, n° 292, p. 236 et s. ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 229, p. 159 : « cette séparation a perdu une part importante de sa netteté originelle » ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 2, p. 3.

¹⁶⁴⁹ J. DIRINGER, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouvr.* 2016. 56 : « il existerait une forme de correspondance entre une dualité organique et une dualité des formes de participation ».

¹⁶⁵⁰ Cass. soc., 5 déc. 2006, n° 05-21.641, *Bull. civ.* V, n° 371 ; *RDT* 2007. 329, obs. E. Peskine ; *Dr. soc.* 2007. 184, note B. Gauriau ; *RJS* 2007. 355 ; *JCP S* 2007. 1107, note J.-M. Olivier : « le comité d'entreprise assure l'expression collective des salariés lorsqu'il est consulté sur les décisions du chef d'entreprise qui doit recueillir l'avis dudit comité ; qu'il en résulte que cet avis ne peut être exprimé que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent ».

¹⁶⁵¹ Cass. soc., 16 déc. 2014, n° 13-22.308, *Bull. civ.* V, n° 293 ; *RJS* 2015. 116 ; *RDT* 2015. 200, obs. I. Odoul-Asorey ; *D.* 2015. 161 ; *Cah. soc.* 2015, n° 271, p. 105, note F. Canut ; *JCP S* 2015. 34.

¹⁶⁵² C. trav., art. L. 2232-16, al. 1 et L. 2232-17.

¹⁶⁵³ C. trav., art. L. 2141-10, al. 2 et L. 2146-1.

représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective »¹⁶⁵⁴. La doctrine de l'administration du travail confirme cette idée¹⁶⁵⁵. Un canal de représentation ne peut se substituer à l'autre, leurs légitimités étant distinctes. Au comité social et économique est reconnue une légitimité élective ; aux organisations syndicales, une légitimité tirée de leur représentativité est caractérisée¹⁶⁵⁶.

II. Un monopole dépassé

249. L'évolution de la représentativité syndicale. Antérieurement à la réforme de la représentativité syndicale, le monopole syndical de négociation collective trouvait son fondement dans une représentativité naturelle du syndicalisme, issue de son rôle d'expression des luttes des salariés¹⁶⁵⁷. L'absence de mandat délivré par les salariés ne remettait pas en cause cette représentativité¹⁶⁵⁸. La loi du 20 août 2008 généralise une exigence de démonstration de la représentativité syndicale¹⁶⁵⁹. La réforme est justifiée par la nécessité de sauver le syndicalisme français d'une mort lente à laquelle il était condamné¹⁶⁶⁰. À la représentativité descendante est substituée une représentativité

¹⁶⁵⁴ Cass. crim., 18 nov. 1997, n° 96-80.002, *Bull. crim.*, n° 390 ; *RTD com.* 1998. 432, obs. B. Bouloc ; *D.* 1998. 260, obs. M.-A. Souriac-Rotschild ; *Dr. soc.* 1998. 409, obs. M. Cohen ; *RJS* 1998. 76 ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 723 et s. ; V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 646, p. 343 et s. ; Adde J. PÉLISSIER, « Droit des conventions collectives. Évolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 95, spéc. p. 99.

¹⁶⁵⁵ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective. Questions-Réponses*, 2020, n° 15, p. 19 ; MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Comité social et économique. Questions-Réponses*, 2020, n° 28, p. 19.

¹⁶⁵⁶ E. PESKINE, « L'avis du comité d'entreprise ne peut être exprimé que par ses membres », note ss. *Cass. soc.*, 5 déc. 2006, n° 05-21.641, *RDT* 2007. 329 : « au-delà de l'identité des membres composant les institutions représentatives, ces dernières conservent leur nature, leur mission, leur légitimité propre ».

¹⁶⁵⁷ M.-F. BIED-CHARRETON, « Le comité d'entreprise peut-il négocier ? », *Dr. ouvr.* 1993. 129.

¹⁶⁵⁸ La légitimité des syndicats « vient de l'histoire, d'une vocation à représenter fondée sur une sociologie, de nature "essentialiste", le syndicat représentant par nature, au-delà de ses membres, les groupes de travailleurs correspondants, auxquels il s'est identifié » (J.-M. VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991. 5) ; Adde A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT & A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998. 359.

¹⁶⁵⁹ L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194, 21 août 2008, texte n° 1.

¹⁶⁶⁰ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.

ascendante¹⁶⁶¹. Outre les critères exposés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, le syndicat pour être représentatif dans l'entreprise doit démontrer le respect d'un critère d'audience¹⁶⁶². Ce taux d'audience, d'ordre public absolu¹⁶⁶³, est fonction des résultats obtenus au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique¹⁶⁶⁴. Le comité social et économique assure l'incubation de la représentativité syndicale¹⁶⁶⁵. Celle-ci se trouve dans la confiance qu'expriment les salariés à travers leur vote¹⁶⁶⁶.

250. Une légitimité syndicale dérivée. La désignation du délégué syndical appelé à la négociation collective dépend des résultats qu'il obtient au premier tour des élections professionnelles du comité social et économique : 10% des suffrages exprimés lui confèrent une priorité pour être désigné¹⁶⁶⁷. Seule l'insuffisance de suffrages ou la renonciation de l'élu qui les obtient rendent la liberté de désignation au syndicat¹⁶⁶⁸. La légitimité du délégué syndical procède de son intégration dans le processus électoral du comité social et économique ; sa désignation comme délégué syndical en est un

¹⁶⁶¹ A. PERULLI, « Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe », *RDT* 2015. 170 : « *En France, c'est dorénavant une conception ascendante non plus descendante qui préside au pouvoir de représentation des syndicats* ».

¹⁶⁶² C. trav., art. L. 2122-1 ; J. PORTA, « Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations », *Travail et Emploi* 2019, n° 158, p. 95 : « *À une légitimité descendante qu'incarne la représentation par le syndicat de l'intérêt collectif, s'adjoint une légitimité ascendante, tenant aux suffrages de la collectivité de travail, qu'exprime le taux d'audience* » (nous soulignons).

¹⁶⁶³ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406, *Bull. civ. V*, n° 116 ; *RDT* 2011. 449, obs. A. Brousse ; *Dr. soc.* 2011. 1002, obs. F. Petit ; *JCP S* 2011. 1404, note J.-Y. Kerbourc'h ; *RJS* 2011. 624 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-21.144, *Bull. civ. V*, n° 146 ; *Dr. soc.* 2012. 753, obs. F. Petit ; *RDT* 2012. 1508, obs. I. Odoul-Asorey ; *JCP S* 2012. 1289, note E. Jeansen ; *RJS* 2012. 641 ; Cass. soc., 15 oct. 2015, n° 14-25.375, *RJS* 2016. 40.

¹⁶⁶⁴ C. trav., art. L. 2122-1 : « *Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* ».

¹⁶⁶⁵ A. PERULLI, « Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe », *RDT* 2015. 170 : « *dorénavant la représentativité syndicale est enracinée dans le vote et ce vote ne porte pas sur la décision syndicale ni sur l'investiture des responsables syndicaux : il porte sur l'institution d'une représentativité élective* » ; C. DUFOUR & A. HEGE, « Comités d'entreprise et syndicats, quelles relations ? », *Revue de l'IREs* 2008, n° 59, p. 3 : « *Via les élections, les structures syndicales deviennent dépendantes des résultats électoraux pour justifier leur représentativité et donc leur survie* ».

¹⁶⁶⁶ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.

¹⁶⁶⁷ J.-F. CESARO, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S* 2012. 1237 ; B. GAURIAU, « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 641.

¹⁶⁶⁸ C. trav., art. L. 2143-3 ; BIT, 389^e rapport du Comité de la liberté syndicale, Genève, 2019, Cas n° 2750, p. 10.

dérivé¹⁶⁶⁹. Son habilitation à négocier les accords collectifs est issue du vote des salariés¹⁶⁷⁰. La jurisprudence sur l'égalité de traitement l'atteste¹⁶⁷¹. Les différences de traitement opérées par voie de convention collective sont présumées justifiées parce qu'elles sont négociées et signées par des organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés « *et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* »¹⁶⁷². La fonction des élections professionnelles est détournée¹⁶⁷³, sans qu'il ne soit possible d'affirmer que l'objet du vote est bien connu des salariés¹⁶⁷⁴.

251. Conclusion de paragraphe. Le double canal de représentation dans l'entreprise commande une partition. Le syndicat représentatif dispose d'un monopole de négociation collective. Le comité social et économique ne négocie qu'à titre subsidiaire, à défaut de représentation syndicale. Le monopole syndical de négociation

¹⁶⁶⁹ *Rappr.* Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-26.762, *Bull. civ.* V, n° 212 ; *RDT* 2011. 713, obs. M. Grévy ; *Dr. soc.* 2011. 1241, obs. F. Petit ; *RJS* 2011. 997 ; *JCP S* 2012. 1089, note B. Gauriau ; *JCP E* 2011. 1907, note P. Pochet : « attendu que si l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats aux élections des membres du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs en ce qu'elle détermine la représentativité du syndicat, le score électoral exigé d'un syndicat par l'article L. 2143-3 du code du travail pour sa désignation en qualité de délégué syndical est un score personnel qui l'habilite à recevoir mandat de représentation par un syndicat représentatif » ; Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 19-14.077, *D.* 2020. 2312, obs. Y. Ferkane.

¹⁶⁷⁰ Dès lors que les salariés contribuent par leur vote « à la sélection des agents admis à négocier et à conclure des conventions et accords, la négociation collective se présente de plus en plus comme une forme de représentation électorale » (A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539).

¹⁶⁷¹ J.-G. HUGLO, « Statut catégoriel et principe d'égalité de traitement : le pouvoir restitué aux partenaires sociaux », *RJS* 2015. 155 ; L. PÉCAUT-RIVOLIER, « L'hommage de la Chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence "égalité de traitement" », *SSL* 2015, n° 1663, p. 7.

¹⁶⁷² Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, *Bull. civ.* V, n° 9 ; *Dr. soc.* 2015. 351, obs. P.-H. Antonmattei ; *RDT* 2015. 472, obs. G. Pignarre ; *RJS* 2015. 172 ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 111, p. 21, note C. Frouin ; *Cah. soc.* 2015, n° 272, p. 168, note F. Canut ; *JCP E* 2015. 261, note J.-F. Cesaro & A. Teissier ; *JCP S* 2015. 1054, note J. Daniel ; Cass. soc., 4 oct. 2017, n° 16-17.517, *Bull. civ.* V, n° 170 ; *RDT* 2018. 67, obs. Y. Ferkane ; *JCP S* 2017. 1391, note J.-F. Cesaro ; *JCP E* 2017. 1133, note N. Dedessus-Le-Moustier ; *RJS* 2017. 459 ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 43, p. 51, note S. Harir.

¹⁶⁷³ S. BÉROUD & K. YON, « Représenter les salariés dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008. Sur les limites de la "démocratie sociale" », *Politiques de communication* 2014, n° 2, p. 51, spéc. p. 71 : « Ce dernier point nous rappelle toute l'ambivalence d'un dispositif de mesure de la représentativité syndicale construit à partir d'élections dont la fonctionnalité de départ est tout autre : celle de désigner les membres d'un comité d'entreprise dont les activités ne recouvrent pas les missions syndicales ».

¹⁶⁷⁴ O. LECLERC, « Comparer les systèmes de relations professionnelles », in O. LECLERC & A. LYON-CAEN, *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 91 : « les salariés répondent-ils à la question première qui leur est posée (la désignation de leurs représentants) ou ont-ils à l'esprit - et dans quelle mesure ? - les incidences indirectes de leur choix (l'attribution de la qualité représentative...) ? ».

collective est justifié par la représentativité du syndicat. L'évolution de ses règles de détermination pourrait la remettre en cause, car la représentativité syndicale repose désormais sur les élections du comité social et économique. L'éviction du monopole syndical de négociation collective sur la participation du comité social et économique est envisageable.

§2. L'éviction du monopole syndical de négociation collective

252. Le monopole syndical de négociation collective sur la participation du comité social et économique peine à se justifier **(I)** ; raison pour laquelle sa suppression doit être envisagée **(II)**.

I. L'inadéquation du monopole syndical de négociation sur la participation

253. La négociation collective conduite avec les délégués syndicaux donne naissance à un accord collectif sur la participation du comité social et économique. Le monopole syndical en cette matière est inadéquat, compte tenu de l'objet particulier qu'est la participation du comité social et économique. Justifier l'application de l'accord collectif au comité social et économique n'est pas aisé **(A)**. Il est aussi dans l'impossibilité de le contester, car il n'est pas partie à cet accord **(B)**.

A. L'application de l'accord au comité social et économique

254. La justification problématique de l'application de l'accord. L'accord collectif ayant dans sa formation une nature contractuelle¹⁶⁷⁵, il est classiquement enseigné qu'il ne peut lier que les parties à l'acte ou celles qui ont été représentées lors de sa conclusion¹⁶⁷⁶. Justifier l'application de l'accord collectif au comité social et

¹⁶⁷⁵ P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.* 1939. 353 ; *Comp. P.* LANGLOIS, « L'analyse dualiste de la convention collective a-t-elle vécu ? », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 511.

¹⁶⁷⁶ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n° 66, p. 68.

économique non signataire est difficile¹⁶⁷⁷. Le comité social et économique n'est pas représenté par les délégués syndicaux¹⁶⁷⁸. Le délégué syndical représente l'organisation syndicale qui le désigne¹⁶⁷⁹ afin de « *la représenter auprès de l'employeur* »¹⁶⁸⁰. Justifier l'application de l'accord collectif au comité social et économique par son effet *erga omnes* n'a pas de sens lorsqu'il s'agit de la participation du comité¹⁶⁸¹. Il ne s'agit pas de représentation des salariés par l'organisation syndicale signataire de l'accord collectif¹⁶⁸².

255. La stipulation pour autrui. Un auteur a proposé de recourir à la technique de la stipulation pour autrui, selon les règles de l'article 1205 du Code civil¹⁶⁸³. Celle-ci n'est cependant d'aucune aide¹⁶⁸⁴. La stipulation pour autrui ne peut faire naître qu'un droit au profit du tiers bénéficiaire, le comité social et économique¹⁶⁸⁵. Or, l'accord collectif sur la participation du comité social et économique n'implique pas toujours la naissance d'un droit à son profit. Les règles de révocation de la stipulation pour autrui enterrent

¹⁶⁷⁷ T. GRUMBACH, « Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode », *Dr. soc.* 2006. 325 : « *comment imposer à un comité d'entreprise un accord collectif qu'il n'a pas signé ?* ».

¹⁶⁷⁸ H. TISSANDIER, « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2015. 889 : « *Il peut apparaître surprenant que les organisations syndicales se voient reconnaître une priorité pour déterminer les modalités de fonctionnement d'une autre instance, en contradiction avec les principes d'indépendance et d'autonomie de chaque instance* ».

¹⁶⁷⁹ J. PÉLISSIER, obs. ss. Cass. soc., 14 févr. 1980, *Bull. civ.* V, n° 156, D. 1980. 554.

¹⁶⁸⁰ C. trav., art. L. 2143-3, al. 1.

¹⁶⁸¹ G. AUZERO & R. CHISS, « L'expression du comité social et économique », *RJS* 2021. 271 : « *la plupart des accords envisagés ont moins pour objet les droits et intérêts des travailleurs que le fonctionnement interne du comité social et économique et, de ce fait, ses prérogatives propres* » ; A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 156, p. 141.

¹⁶⁸² G. LOISEAU & A. MARTINON, « L'âge d'or de l'accord institutionnel ? », *Cah. soc.* 2015, n° 276, p. 359 : « *La question n'est certainement pas innocente ; l'effet normatif de l'accord collectif de travail conserve-t-il un sens lorsque l'accord s'adresse à des acteurs parfois "concurrents" des organisations syndicales ?* » ; P. MALAURIE, L. AYNÈS & P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 499, p. 464.

¹⁶⁸³ C. civ., art. 1205 : « *On peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse* ».

¹⁶⁸⁴ *Contra* F. SÈBE, *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme*, LexisNexis, 2014, n° 654, p. 228.

¹⁶⁸⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 834, p. 662 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS & P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 482, p. 451 : « *la convention fait naître un droit sur la tête d'un tiers qui n'était et ne devient pas partie* » (nous soulignons) ; Adde A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, n° 261, p. 230 : « *la stipulation pour autrui est une opération qui, dès sa conclusion, prévoit qu'un tiers pourra tirer avantage du contrat car celui-ci crée une créance à son profit* » (nous soulignons).

toute tentative d'analogie¹⁶⁸⁶, car elles heurtent celles de la dénonciation des accords collectifs de travail¹⁶⁸⁷.

B. La contestation de l'accord par le comité social et économique

256. L'action en exécution de l'accord collectif. Le comité social et économique ne peut pas solliciter l'exécution d'un accord collectif sur sa participation lorsqu'il est signé par les délégués syndicaux¹⁶⁸⁸. Il n'a pas qualité pour intenter une action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés par d'autres que lui¹⁶⁸⁹, car il n'est ni partie à l'accord collectif ni signataire de celui-ci¹⁶⁹⁰. La solution vaut « *peu important que cet accord (...) ait une incidence sur son fonctionnement* »¹⁶⁹¹. Le comité social et économique peut invoquer l'inexécution des dispositions légales et réglementaires régissant sa participation, mais pas l'inexécution des stipulations d'un accord collectif qui le concerne¹⁶⁹². Le comité social et économique est enfermé dans un « *strict cadre d'observateur* »¹⁶⁹³ vis-à-vis d'un accord collectif qui l'intéresse directement¹⁶⁹⁴ et qui conditionne potentiellement la vigueur de sa participation¹⁶⁹⁵. L'article L. 2262-12 du

¹⁶⁸⁶ C. civ., art. 1206 : « *Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation. Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant* » (nous soulignons).

¹⁶⁸⁷ B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 2443, p. 1112.

¹⁶⁸⁸ CA Versailles, 17 févr. 2022, n° 21/03951 : « *le comité social et économique, qui n'est pas partie à l'accord collectif, n'a pas qualité pour agir en vue d'obtenir son exécution, quand bien même l'accord visé aurait une incidence sur son fonctionnement* ».

¹⁶⁸⁹ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.547, *Dr. soc.* 2011. 877, obs. F. Petit ; *RJS* 2011. 434.

¹⁶⁹⁰ Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-23.899, *Bull. civ.* V, n° 271 ; *RDT* 2015. 126, obs. I. Odoul-Asorey ; *D.* 2014. 1414 ; *JCP S* 2014. 438, note N. Léger ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 338, p. 29, note C. Berlaud ; *Cah. soc.* 2015, n° 270, p. 27, note F. Canut ; *RJS* 2015. 129.

¹⁶⁹¹ Cass. soc., 17 nov. 2015, n° 14-13.072, *JCP S* 2015. 470 ; *Cah. soc.* 2016, n° 281, p. 26, note F. Canut ; Cass. soc., 1^{er} juill. 2020, n° 18-21.924, *JCP S* 2020. 319 ; *Procédures* 2020. 174, note A. Bugada ; *RDT* 2020. 627, obs. C. Wolmark.

¹⁶⁹² Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235.

¹⁶⁹³ D. BOULMIER, « Mesures prioritaires pour endiguer la destruction programmée des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2016. 528.

¹⁶⁹⁴ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 415, p. 372 ; R. VATINET, « L'accord de méthode en quête de cohérence », *Gaz. Pal.* 2007, n° 226, p. 10.

¹⁶⁹⁵ H. TISSANDIER, « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2015. 889 : « *par la détermination des modalités de fonctionnement du comité, l'accord collectif peut enrichir comme assécher le principe de la consultation* ».

Code du travail pourrait justifier une position contraire de la Cour de cassation¹⁶⁹⁶, dès lors que « *les personnes liées par une convention ou un accord peuvent intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés* »¹⁶⁹⁷. Gageons que l'importance de la négociation collective sur la participation du comité social et économique incitera la Cour de cassation à changer de position¹⁶⁹⁸.

257. L'exception d'illégalité. L'exception d'illégalité d'un accord collectif invoquée par le comité social et économique lui est plus favorable. L'article L. 2262-14 du Code du travail encadre l'action en nullité d'un accord collectif¹⁶⁹⁹. Elle doit intervenir dans un délai de deux mois¹⁷⁰⁰, sous peine de forclusion¹⁷⁰¹. Le Conseil constitutionnel avait déclaré que cette disposition ne privait pas les salariés de la possibilité de contester sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause d'un accord à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre¹⁷⁰². La situation du comité social et économique n'était pas évoquée. Sur le fondement du droit à un recours

¹⁶⁹⁶ Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235.

¹⁶⁹⁷ C. trav., art. L. 2262-12 : « *Les personnes liées par une convention ou un accord peuvent intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres personnes ou les organisations ou groupements, liés par la convention ou l'accord, qui violeraient à leur égard ces engagements* ».

¹⁶⁹⁸ A. MARTINON, « Les actions en exécution de l'accord collectif de travail », *Dr. soc.* 2023. 234 ; C. WOLMARK, « Irrecevabilité de l'action du comité en exécution d'une convention collective », obs. ss. Cass. soc., 1^{er} juill. 2020, n° 18-21.924, *RDT* 2020. 627 : « *aujourd'hui, et singulièrement depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, la négociation collective porte tant sur l'organisation que sur les prérogatives du comité social et économique. Il paraît dès lors peu probable que la porte de la recevabilité de l'action en exécution d'un accord collectif demeure longtemps et fermement close. Il y aurait en effet trop de paradoxe à admettre que le comité soit objet de négociation collective sans pouvoir jamais faire respecter les droits conventionnels ainsi créés* ».

¹⁶⁹⁹ G. LOISEAU & L. GAMET, « Observations sur les nouvelles règles de contestation d'un accord collectif », *Cah. soc.* 2017, n° 302, p. 49.

¹⁷⁰⁰ C. trav., art. L. 2262-14 : « *Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter : 1° De la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ; 2° De la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas. Ce délai s'applique sans préjudice des articles L. 1233-24, L. 1235-7-1 et L. 1237-19-8 du code du travail* ».

¹⁷⁰¹ Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-23.500, *Bull. civ.* V ; *D.* 2022. 1706 ; *Dr. soc.* 2023. 60, obs. G. François ; *Procédures* 2022. 251, note A. Bugada ; *JCP S* 2022. 1266, note C. Pernot ; *RJS* 2022. 574 ; *BJT* 2022, n° 11, p. 28, note C. Mariano ; *SSL* 2022, n° 2014, p. 15.

¹⁷⁰² Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 36, *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 666, obs. V. Champeil-Desplats ; *Cah. soc.* 2018, n° 306, p. 184 ; *JCP S* 2018. 1181, note C.-A. Célénic ; *SSL* 2018, n° 1809, p. 2, obs. M. Caro.

juridictionnel effectif et de la directive européenne du 11 mars 2002¹⁷⁰³, la Cour de cassation a admis qu'un comité social et économique non signataire de l'accord collectif est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une de ses clauses au motif qu'elle viole ses droits propres résultant des attributions qui lui sont reconnues par la loi¹⁷⁰⁴. La clause de l'accord collectif jugée illégale est réputée inopposable au comité social et économique¹⁷⁰⁵. Si le comité social et économique est signataire de l'accord collectif litigieux, le délai de deux mois pour le contester s'impose à lui, de sorte que l'action en exception d'illégalité lui est fermée¹⁷⁰⁶.

258. Une contestation judiciaire aux effets limités. L'inopposabilité de la clause de l'accord collectif jugée illégale n'est toutefois pas équipollente à sa nullité. Son déploiement limité au seul litige en cours a suscité des critiques¹⁷⁰⁷. Selon certains auteurs, en permettant le maintien de l'acte illégal, lequel continue de produire des effets de droit, l'inopposabilité se révèle insuffisante¹⁷⁰⁸. Il apparaît cependant que la reconnaissance partielle de l'illégalité de l'accord collectif incitera les signataires à le réviser¹⁷⁰⁹ : le maintien en l'état de l'acte illégal sera peu probable¹⁷¹⁰. Un auteur

¹⁷⁰³ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *JOUE* n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029.

¹⁷⁰⁴ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *Bull. civ. V* ; *RDT* 2022. 395, obs. D. Baugard ; *Dr. soc.* 2022. 531, obs. G. Auzero & B. de Carvalho ; *D.* 2022. 1280, obs. Y. Ferkane ; *JCP G* 2022. 364 ; *BJT* 2022, n° 5, p. 30, note F. Bergeron ; *SSL* 2022, n° 1995, p. 9, note P.-H. Antonmattei ; *Dr. ouvr.* 2022. 163, note C. Pernot.

¹⁷⁰⁵ Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *Bull. civ. V*, *préc.* : « La reconnaissance de l'illégalité d'une clause d'une convention ou d'un accord collectif la rend inopposable à celui qui a soulevé l'exception ».

¹⁷⁰⁶ Cass. soc., 19 oct. 2022, n° 21-15.270, *Bull. civ. V* ; *JCP S* 2022. 1292, note L. Bento de Carvalho ; *JCP G* 2022. 1269 ; *JCP E* 2022. 902 ; *D.* 2022. 1862 ; *SSL* 2022, n° 2022, p. 11, note A. Lucchini.

¹⁷⁰⁷ D. BAUGARD, « L'extension de l'exception d'illégalité d'un accord collectif aux CSE et aux syndicats non signataires », obs. ss. Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *RDT* 2022. 395.

¹⁷⁰⁸ G. AUZERO & L. BENTO DE CARVALHO, « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », obs. ss. Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *Dr. soc.* 2022. 531 : « L'accord collectif est ainsi maintenu dans l'ordonnancement des sources du droit du travail, nonobstant son caractère illicite ».

¹⁷⁰⁹ F. BERGERON, « L'illégalité de l'accord collectif invoquée par voie d'exception », *Dr. soc.* 2023. 217.

¹⁷¹⁰ F. BERGERON, « Accords collectifs : l'exception d'illégalité est ouverte aux syndicats non-signataires et aux CSE », note ss. Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *BJT* 2022, n° 5, p. 30 : « l'accord illégal reste dans le paysage juridique tout en étant neutralisé à l'égard de certaines personnes. Cette situation, qui réduit l'efficacité de l'accord, devrait conduire les parties à le corriger, ce qui est finalement une bonne chose ».

propose néanmoins, par sécurité, d'imposer cette révision de l'accord collectif dans la loi à la suite de la constatation judiciaire de son illégalité¹⁷¹¹.

II. La suppression du monopole syndical de négociation sur la participation

259. Le comité social et économique : signataire de l'accord collectif sur sa participation. Pour inclure le comité social et économique dans la négociation sur sa participation, des auteurs ont proposé qu'il signe l'accord collectif conclu par les délégués syndicaux¹⁷¹². Il exprimerait par sa signature son adhésion à l'accord¹⁷¹³. Celle-ci assurerait la diffusion du texte¹⁷¹⁴. Un contrat de droit commun conclu entre le comité social et économique et l'employeur « *se superposerait à l'accord collectif* »¹⁷¹⁵. Outre un problème d'articulation entre l'accord collectif et l'accord de droit commun, le comité social et économique n'influerait pas sur le contenu de l'accord collectif¹⁷¹⁶. Le résultat serait le même si l'opposabilité de l'accord collectif au comité social et économique était subordonnée à sa consultation¹⁷¹⁷. Certains auteurs

¹⁷¹¹ C. PERNOT, « L'avènement possible d'une nouvelle catégorie juridique : l'exception d'illégalité d'un accord collectif », note ss. Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *Dr. ouvr.* 2022. 163 : « *Le remède serait peut-être d'introduire dans la loi une obligation de révision de l'acte conventionnel à compter du moment où ses dispositions ont été reconnues irrégulières à l'occasion d'un contentieux individuel* ».

¹⁷¹² T. GRUMBACH, « Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode », *Dr. soc.* 2006. 325.

¹⁷¹³ Il s'agirait d'obtenir « *la signature du comité d'entreprise au pied de l'accord pour lui conférer force obligatoire à son égard* » (G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *BJS* 2006, n° 7, p. 867).

¹⁷¹⁴ L. DAUXERRE, « Le consentement dans le droit des relations collectives de travail », *JCP S* 2014. 1120.

¹⁷¹⁵ F. SÈBE, *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme*, LexisNexis, 2014, n° 653, p. 228.

¹⁷¹⁶ T. GRUMBACH, « Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode », *Dr. soc.* 2006. 325.

¹⁷¹⁷ *Comp.* L. n° 2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, art. 2, III, *JORF* n° 0003, 4 janv. 2003, p. 255, texte n° 1, la loi subordonnant la validité des accords de méthode à une consultation du comité d'entreprise. Cette consultation a ensuite été supprimée par la L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n° 0015, 19 janv. 2005, p. 864, texte n° 1.

donnent toutefois du sens à cette consultation dès lors que le comité social et économique est directement intéressé par l'accord collectif¹⁷¹⁸.

260. Le comité social et économique : négociateur de l'accord collectif sur sa participation. À la vérité, le comité social et économique devrait négocier sur sa participation¹⁷¹⁹, et la compétence des délégués syndicaux s'effacer¹⁷²⁰. Le comité social et économique étant un interlocuteur « *quasi-permanent* »¹⁷²¹ de l'employeur, sa capacité à négocier pour lui-même est grandissante¹⁷²². Le comité social et économique est déjà négociateur d'accords collectifs en l'absence de représentation syndicale dans le cadre de la négociation dite substitutive¹⁷²³. L'absence de délégué syndical lui permet aussi de négocier sur sa participation¹⁷²⁴. L'intervention syndicale n'est pas nécessaire

¹⁷¹⁸ G. PERRIER, *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005, n° 454, p. 520 : « Aucune disposition législative n'impose une consultation de l'instance de représentation lorsqu'il est question d'en modifier les attributions. Il semble cependant assez peu réaliste de négocier un accord de méthode sans consulter le premier intéressé, le comité d'entreprise » ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 257, p. 175.

¹⁷¹⁹ G. AUZERO & R. CHISS, « L'expression du comité social et économique », *RJS* 2021. 271 : « Le comité n'est-il pas le mieux à même, entre autres choses, de déterminer les délais nécessaires à la formulation de ses avis, le contenu, la périodicité et les modalités des consultations ? » ; G. LOISEAU, « La procédure de consultation des représentants du personnel », *Cah. soc.* 2014, n° 260, p. 137 : « Il est, au vrai, logique que les élus du comité d'entreprise soient mis en mesure de décider eux-mêmes d'un aménagement des modalités de leur consultation, à moins d'une disposition légale expresse » ; Adde G. CHERPION, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 28 mai 2015, p. 5126 : « il serait préférable et plus légitime de réserver aux membres du comité d'entreprise la possibilité d'aménager eux-mêmes les règles de fonctionnement de leur instance » ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, n° 393, p. 194.

¹⁷²⁰ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 157, p. 142 et s. : « Il serait plus cohérent de confier directement au comité social et économique, et donc à ses acteurs, le soin de moduler l'instance selon leurs souhaits, tant sur les attributions que sur le fonctionnement » ; G. AUZERO & R. CHISS, « L'expression du comité social et économique », *RJS* 2021. 271 : « il nous semble que le législateur aurait tout aussi bien pu, si ce n'est réserver la négociation de ces accords au comité social et économique, à tout le moins ne pas en faire une négociation subsidiaire ; ce qui est au demeurant parfois le cas ».

¹⁷²¹ B. TEYSSIÉ, « Le syndrome de Troie », *JCP S* 2018. 1229.

¹⁷²² IRES, *Évolution des comités d'entreprise : effets et usages des nouveaux outils de consultation issus de la Loi de Sécurisation de l'Emploi (LSE)*, Rapport, 2016, p. 130 ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 2117, p. 967 : « Des représentants du personnel, l'expérience et l'aptitude à négocier et à convaincre ne doivent pas être sous-estimées. L'élection est souvent une excellente occasion de se former à l'art du débat ».

¹⁷²³ C. MARIANO, *La négociation substitutive d'entreprise*, Thèse, Montpellier, 2018.

¹⁷²⁴ V. not. C. trav., art. L. 2312-19, L. 2312-21 et L. 2312-55.

en ce domaine¹⁷²⁵ et peut même interroger¹⁷²⁶. Selon un auteur, les accords collectifs sur la participation du comité social et économique « *doivent se recommander de la volonté interne* »¹⁷²⁷ qui s'en dégage, en ce qu'il est directement intéressé par ceux-ci¹⁷²⁸. Cette négociation sécuriserait les procédures d'information-consultation subséquentes¹⁷²⁹, car le comité social et économique ne pourrait contester l'accord collectif qu'il a lui-même conclu¹⁷³⁰. Le comité social et économique serait structurellement idéal pour la conclusion d'accords collectifs, car la négociation peut y être périodique et souple¹⁷³¹. L'accord tacite a même été admis en jurisprudence¹⁷³².

261. Conclusion de paragraphe. L'accord collectif sur la participation du comité social et économique est signé par les délégués syndicaux. Le comité social et

¹⁷²⁵ G. AUZERO & R. CHISS, « L'expression du comité social et économique », *RJS* 2021. 271 : « *la prééminence ainsi conférée aux syndicats n'avait pas nécessairement sa place ici* » ; N. MOIZARD, « La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2019. 410 : « *Le nouveau système légal exprime clairement que les syndicats ne sont pas nécessaires dans la négociation collective d'entreprise* ». Il existe une « *tendance considérant que l'on peut, sans doute, se passer des syndicats pour négocier des accords collectifs* » (Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Dr. soc.* 2020. 854).

¹⁷²⁶ L'introduction des accords de méthode (cf. *supra* n° 227) avait soulevé des interrogations similaires (v. G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *BJS* 2006, n° 7, p. 867 : « *on peut à ce propos se demander pourquoi le législateur n'a pas plus simplement permis que l'accord de méthode soit négocié et conclu avec le comité d'entreprise* », l'auteur ajoutant « *qu'on peut trouver discutable de laisser ainsi une partie des prérogatives du comité d'entreprise à l'appréciation des organisations syndicales et s'interroger sur l'objectif poursuivi par le législateur* » ; Adde P.-H. ANTONMATTEI, « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », *Dr. soc.* 2003. 488.

¹⁷²⁷ F. ROSA, « La nature juridique des accords conclus "au sein" du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 632.

¹⁷²⁸ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN & P. MAUDUIT, « Les aménagements conventionnels dans l'entreprise. Utopie législative ou réalité sociale ? », *JCP S* 2020. 3000.

¹⁷²⁹ *Rappr.* M. MEKKI, « L'efficacité et le droit. Essai d'une théorie générale », in M. MEKKI & K. YOSHIDA, *L'efficacité et le droit. Regards croisés franco-japonais pour une nouvelle politique juridique des gouvernances pluridimensionnelles*, éd. de Yuhikaku, 2010 : « *En participant à l'élaboration de la règle, les destinataires devraient être plus respectueux de la norme juridique ce qui en renforcerait l'effectivité et la légitimité* » ; L. MARQUET DE VASSELOT & A. MARTINON, « Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise », *JCP S* 2014. 1183.

¹⁷³⁰ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 415, p. 373 ; R. CHISS, « Les temps de la consultation du comité d'entreprise : réflexions pratiques », *JCP S* 2015. 1174.

¹⁷³¹ R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 673, p. 850 : « *Elle ne revêt ni la rigidité ni le formalisme d'une réunion syndicale* » ; A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 160, p. 148 : « *la négociation entre l'employeur et le comité social et économique est simple, rapide et efficace* ».

¹⁷³² Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 19-10.987, *Bull. civ.* V ; *RJS* 2020. 477 ; *BJT* 2020, n° 9, p. 30, note C. Mariano ; *D.* 2020. 2312, obs. Y. Ferkane ; *JCP S* 2020. 2098, note J.-Y. Kerbourc'h ; *BJS* 2020, n° 10, p. 12, note G. Auzero ; *SSL* 2020, n° 1924, p. 8, note P. Lagesse & V. Armillei.

économique n'est pas partie à l'acte et sa représentation par les délégués syndicaux reste à démontrer. L'application de l'accord collectif est hasardeux, car le comité social et économique ne peut pas agir pour le contester, bien qu'il soit directement concerné par l'accord. Ériger le comité social et économique en un négociateur alternatif de sa participation dans l'entreprise permet de résoudre ces difficultés.

262. Conclusion de section. L'acteur classique de la négociation collective dans l'entreprise est le syndicat. Sa représentativité, auparavant présumée, est désormais fondée sur les élections du comité social et économique. Les élections professionnelles assurent la représentativité syndicale, laquelle fonde son action. Cette évolution conduit à une réflexion sur les acteurs de la négociation collective sur la participation du comité social et économique. Celui-ci en est désormais tributaire. Cette négociation devrait être assurée par le comité social et économique lui-même.

Section 2. Un acteur nouveau : le comité social et économique

263. Le comité social et économique peut négocier sur sa participation en l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise. Il pourrait aussi être un négociateur alternatif en présence d'une représentation syndicale dans l'entreprise, sans encourir le grief d'une violation du monopole syndical de négociation collective. Le droit international et européen de la négociation collective atteste d'une permissivité (§1) non démentie en droit français (§2).

§1. La permissivité du droit international et européen

264. Le droit international du travail est permissif, car il a vocation à englober des traditions juridiques variées¹⁷³³. Les rapports entre la liberté syndicale et le droit de négociation collective attestent de cette permissivité. Le droit de négociation collective a longtemps été envisagé à tort comme étant rattaché à la liberté syndicale. Ce lien exclusif qui existerait entre la liberté syndicale et le droit de négociation collective doit être relativisé. La dépendance du droit de négociation collective à la liberté syndicale est fictive (I). L'autonomie du droit de négociation collective est aussi patente en droit européen (II).

I. La dépendance fictive du droit de négociation collective à la liberté syndicale

265. **Convention n° 135 de l'Organisation internationale du travail.** L'Organisation internationale du travail rattache le droit de négociation collective à la liberté syndicale¹⁷³⁴. Le droit de négociation collective est une « *modalité d'exercice de la liberté syndicale* »¹⁷³⁵. Le rattachement à la liberté syndicale n'exclut toutefois pas le comité social et économique de l'accès à la négociation collective, ni ne postule

¹⁷³³ N. VALTICOS, « L'avenir des normes internationales du travail », *RIT* 1979. II. 721 : « *c'est en recourant aux formules dites de souplesse que l'on peut concilier le caractère universel des normes avec la diversité de leurs destinataires* » ; N. VALTICOS, « Cinquante années d'activité normative de l'Organisation internationale du Travail », *RIT* 1969. II. 219 : « *les normes (...) sont rédigées avec un souci croissant de souplesse pour qu'elles correspondent à des situations nationales nécessairement variées, sans pour cela perdre de leur signification* » ; Adde A. WISSKIRCHEN, « Le système normatif de l'OIT : pratique et questions juridiques », *RIT* 2005. 267 : « *Dans l'idéal, les normes inscrites dans les instruments de l'OIT ont une portée universelle et pas seulement parce que ceux-ci sont formellement destinés à tous les États. Étant donné la diversité des situations qui prévalent dans le monde, un minimum de souplesse est la condition sine qua non pour que les instruments soient vraiment universels* ».

¹⁷³⁴ M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 25 ; M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 106, p. 116 : « *Le droit de négociation volontaire, donc la liberté de négociation, est bien la conséquence de la liberté syndicale* ».

¹⁷³⁵ J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 77, p. 40.

un rapport de subsidiarité entre syndicats et comités¹⁷³⁶. La convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs impose néanmoins aux États parties à l'Organisation internationale du travail de veiller à ce que l'exercice du droit syndical ne soit pas affaibli par la représentation élue du personnel¹⁷³⁷. L'article 5 prévoit que « *lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants* »¹⁷³⁸. Cette formule est démultipliée dans divers instruments juridiques de l'Organisation internationale du travail, comme la convention n° 154¹⁷³⁹ ou la recommandation n° 143¹⁷⁴⁰.

266. Application stricte de la convention n° 135. L'article 5 précité envisage les effets de la coexistence des représentations du personnel dans l'entreprise¹⁷⁴¹. Sa portée est difficile à évaluer, car ce qui constitue un affaiblissement de la situation du syndicat peut être discuté¹⁷⁴². Affaiblir signifie « *rendre progressivement plus faible* »¹⁷⁴³ ou

¹⁷³⁶ J. MORIN, « Regards sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales », *Dr. ouvr.* 2018. 457, l'auteur ajoutant que « *le lien opéré par les normes internationales entre droit à la négociation collective et liberté syndicale concerne, en effet, des affaires particulières où la législation nationale interdit, en droit ou en pratique, la création d'organisations syndicales et, par capillarité, leur interdit d'accéder à la négociation collective* » ; J.-M. VERDIER, « Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, éd. A. Pedone, 1999, p. 607, spéc. p. 612.

¹⁷³⁷ Convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971.

¹⁷³⁸ Convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971, art. 5.

¹⁷³⁹ La convention n° 154 sur la négociation collective, 1981, art. 3, § 2, reprend la formule consacrée par la convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971, art. 5. La convention n° 154 de l'Organisation internationale du travail est moins pertinente à l'analyse puisque celle-ci, à date, n'a toujours pas été ratifiée par la France. Si sa portée n'est que partielle, elle permet toutefois de saisir l'unité juridique de l'Organisation internationale du travail sur la question de l'articulation des prérogatives syndicales et des représentants élus du personnel en matière de négociation collective.

¹⁷⁴⁰ La recommandation n° 143 concernant les représentants des travailleurs, 1971, II, § 4, reprend la formule consacrée par la convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971, art. 5. Les recommandations n'ont pas la même force contraignante que les conventions ; elles « *ne sont pas soumises à ratification et restent, comme leur nom l'indique clairement, non contraignantes* » (A. WISSKIRCHEN, « Le système normatif de l'OIT : pratique et questions juridiques », *RIT* 2005. 267).

¹⁷⁴¹ J. MORIN, « Regards sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales », *Dr. ouvr.* 2018. 457 : « *la représentation élue d'une entreprise ne doit pas affecter l'épanouissement de la représentation syndicale. S'intéressant à leurs frottements potentiels elle enjoint aux États d'éviter l'appauvrissement que la représentation élue pourrait entraîner sur la représentation syndicale* ».

¹⁷⁴² J. MORIN, « Regards sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales », *Dr. ouvr.* 2018. 457.

¹⁷⁴³ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Affaiblir*.

« faire perdre à une institution, à un groupe de son pouvoir, de son autorité »¹⁷⁴⁴. En droit français, le double canal de représentation dans l'entreprise est un entrelacs d'affaiblissements réciproques. Une prérogative conférée au comité social et économique affaiblit le syndicat qui n'en est pas doté. Établir un rapport d'équivalence entre la négociation avec le syndicat et la décision unilatérale de l'employeur soumise à l'information-consultation du comité social et économique en est aussi une manifestation. Les dispositions relatives au licenciement collectif pour motif économique avec établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont concernées¹⁷⁴⁵. L'employeur étant libre de faire intervenir le syndicat ou le comité social et économique, la mise en échec du préalable de négociation syndicale affaiblit la situation du syndicat¹⁷⁴⁶.

267. Application *in globo* de la convention n° 135. Le Comité de la liberté syndicale préconise une application *in globo* de l'article 5 de la convention n° 135¹⁷⁴⁷. La négociation avec les représentants élus du personnel ne doit pas aboutir à leur intervention systématique « au détriment de la négociation avec des délégués syndicaux »¹⁷⁴⁸. La convention n° 135 n'appréhende pas le comité social et économique comme un négociateur de second rang¹⁷⁴⁹. Il faut se garder de « tordre à l'excès »¹⁷⁵⁰ les dispositions de la convention n° 135 pour en déduire un monopole syndical de négociation collective¹⁷⁵¹. Le comité social et économique pourrait négocier sur sa participation, même en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise, si cette

¹⁷⁴⁴ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Affaiblir*.

¹⁷⁴⁵ C. trav., art. L. 1233-24-1 et L. 1233-30, al. 4.

¹⁷⁴⁶ G. LOISEAU, « Le préalable de négociation », *RJS* 2021. 427.

¹⁷⁴⁷ Convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971, art. 5 : « Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants ».

¹⁷⁴⁸ BIT, 362^e rapport du Comité de la liberté syndicale, Genève, 2011, Cas n° 2750, p. 266.

¹⁷⁴⁹ Contra P. ADAM, « La négociation des conventions et accords collectifs de travail. À propos de la gestation des volontés collectives », *RJS* 2016. 403.

¹⁷⁵⁰ V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 5, p. 8 et s.

¹⁷⁵¹ Contra M.-L. MORIN, « Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective », *Dr. ouvr.* 2018. 118 : « La négociation avec les élus, prévue par la Convention 135 de l'OIT, n'est possible qu'à défaut de toute possibilité de négociation syndicale ».

négociation n'empêchait pas celle avec les délégués syndicaux de manière alternative¹⁷⁵². Le droit européen est aussi en ce sens.

II. L'autonomie du droit de négociation collective vis-à-vis de la liberté syndicale

268. Convention européenne des droits de l'homme, article 11. L'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que « *toute personne a le droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* »¹⁷⁵³. À la lumière de ce fondement européen de la liberté syndicale¹⁷⁵⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a d'abord estimé que le droit de négociation collective n'était pas indispensable à la jouissance effective de la liberté syndicale¹⁷⁵⁵. Elle soutient aujourd'hui que le droit de négociation collective est devenu l'un des éléments essentiels du « *droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* »¹⁷⁵⁶. Un auteur considère de façon étroite que seule la liberté syndicale fonde le droit de négociation collective¹⁷⁵⁷. Mais si le droit de négociation collective est un élément essentiel de la liberté syndicale¹⁷⁵⁸, il ne fait pourtant nul doute qu'il peut

¹⁷⁵² J.-M. VERDIER, « Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, éd. A. Pedone, 1999, p. 607, spéc. p. 613.

¹⁷⁵³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 11, § 1.

¹⁷⁵⁴ S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL & J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, 4^e éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 23, p. 24.

¹⁷⁵⁵ CEDH, 21 nov. 2006, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, JCP S 2006. 2012, note J. Cavallini ; JCP G 2007. II. 10038, note J.-P. Marguénaud & J. Mouly ; D. 2006. 410, obs. J.-F. Renucci ; AJDA 2007. 902, note J.-F. Flauss ; CEDH, *Guide sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Liberté de réunion et d'association*, 2019, n° 248, p. 43 ; J. CAVALLINI, « Liberté syndicale et droit de la négociation collective », note ss. CEDH, 21 nov. 2006, req. n° 34503/97, JCP S 2006. 2012 : « *il ne peut donc être affirmé que le refus de reconnaître à un syndicat la capacité de négocier des accords rendrait inefficace la liberté syndicale* ».

¹⁷⁵⁶ CEDH, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, RJS 2009. 194, chron. H. Tissandier ; D. 2009. 739, obs. J.-P. Marguénaud & J. Mouly ; RDT 2009. 288, obs. N. Hervieu ; Dr. ouvr. 2009. 352, note M. Bonnechère ; JCP G 2009. II. 10018, note F. Sudre ; AJDA 2009. 872, obs. J.-F. Flauss.

¹⁷⁵⁷ J. DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 97, p. 47.

¹⁷⁵⁸ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 6^e éd., LexisNexis, 2019, n° 141, p. 74 ; I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 377, p. 140.

s'exercer en dehors de celle-ci¹⁷⁵⁹. S'il n'y a pas de liberté syndicale sans négociation collective, il y a toutefois de la négociation collective sans liberté syndicale¹⁷⁶⁰.

269. Charte sociale européenne, articles 5 et 6. La Charte sociale européenne ne contredit pas l'analyse, car elle consacre formellement dans deux articles distincts le *droit syndical*¹⁷⁶¹ et le *droit de négociation collective*¹⁷⁶². Cette distinction formelle est aussi substantielle ; elle conduit à une autonomisation du droit de négociation collective par rapport à la liberté syndicale¹⁷⁶³. Le droit de négociation collective est un « *moyen de l'action syndicale* »¹⁷⁶⁴, mais n'est pas protégé comme un élément de la liberté syndicale¹⁷⁶⁵. La Charte sociale européenne prévoit en son article 6 que la négociation collective a lieu entre les employeurs et les « *organisations de travailleurs* »¹⁷⁶⁶, lesquelles ne sont pas nécessairement syndicales. Lorsque la Charte sociale européenne vise expressément les organisations syndicales, elle emploie

¹⁷⁵⁹ Contra M.-L. MORIN, « Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective », *Dr. ouvr.* 2018. 118.

¹⁷⁶⁰ J.-P. LHERNOULD, E. LAFUMA & H. TISSANDIER, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS* 2009. 194.

¹⁷⁶¹ Charte sociale européenne révisée, 1996, art. 5 : « en vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations syndicales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. La mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale ».

¹⁷⁶² Charte sociale européenne révisée, 1996, art. 6 : « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent 1) à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs ; 2) à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ; 3) à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail ; et reconnaissent 4) le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur ».

¹⁷⁶³ F. ROSA, « La "négociation" dans les petites entreprises et les normes internationales », *Dr. ouvr.* 2018. 450 : « une telle formalisation des garanties autorise peut-être une autonomisation du droit à une véritable négociation collective par rapport à la liberté syndicale ».

¹⁷⁶⁴ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 54, p. 65.

¹⁷⁶⁵ J. DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 104, p. 50 et s.

¹⁷⁶⁶ Charte sociale européenne révisée, 1996, art. 6.

l'expression¹⁷⁶⁷. La Charte sociale européenne n'institue pas de monopole syndical de négociation collective et s'oppose même, par principe, à tout monopole syndical¹⁷⁶⁸.

270. Les chartes de l'Union européenne. Les chartes de l'Union européenne sont aussi en ce sens¹⁷⁶⁹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne distingue formellement la *liberté syndicale*¹⁷⁷⁰ et le *droit de négociation collective*¹⁷⁷¹, comme la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs¹⁷⁷², qui procède d'une conception proche de celle de la Charte sociale européenne¹⁷⁷³. L'autonomie du droit de négociation collective vis-à-vis de la liberté syndicale est reconnue¹⁷⁷⁴. Le droit de négociation collective est un droit des syndicats attaché à la liberté syndicale¹⁷⁷⁵, autant qu'il constitue un droit autonome¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁶⁷ Charte sociale européenne révisée, 1996, art. 19, § 4, b).

¹⁷⁶⁸ CEDS, *Charte sociale européenne révisée. Conclusions 2010 (France)*, 2010, p. 15.

¹⁷⁶⁹ B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 5^e éd., LexisNexis, 2013, n° 49, p. 35 ; P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, 3^e éd., LGDJ, 2022, n° 134, p. 182 et s. ; S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL & J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, 4^e éd., PUF, coll. Thémis, 2021, n° 47, p. 47 et s.

¹⁷⁷⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, art. 12, § 1 : « toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politiques, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts ».

¹⁷⁷¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, art. 28 : « les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ».

¹⁷⁷² Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 1989, art. 11 : « les employeurs et les travailleurs de la Communauté européenne ont le droit de s'associer librement en vue de constituer les organisations professionnelles ou syndicales de leur choix pour la défense de leurs intérêts économiques et sociaux. Tout employeur et tout travailleur a la liberté d'adhérer ou ne de pas adhérer à ces organisations, sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel » ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 1989, art. 12 : « les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, ont le droit, dans les conditions prévues par les législations et les pratiques nationales, de négocier et de conclure des conventions collectives ».

¹⁷⁷³ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 55, p. 67.

¹⁷⁷⁴ J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 112, p. 54.

¹⁷⁷⁵ M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 25.

¹⁷⁷⁶ Comme la Charte sociale européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne mobilise le concept d'*organisation de travailleurs* pour le droit de négociation collective, lequel ne renvoie pas nécessairement au syndicat qui, lorsqu'il est expressément visé, apparaît clairement (v. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, art. 12).

271. Conclusion de paragraphe. Vis-à-vis du syndicat, le droit de négociation collective est rattaché à la liberté syndicale ; vis-à-vis du comité social et économique, celui-ci est autonome. Cette autonomie est formelle, la liberté syndicale et le droit de négociation collective étant consacrés distinctement par les instruments juridiques européens. Elle est aussi substantielle, les syndicats n'étant pas des agents d'exercice exclusifs du droit de négociation collective. En droit international, le monopole syndical de négociation collective impose de ne pas affaiblir les délégués syndicaux dans l'entreprise en privilégiant le comité social et économique dans l'accès à la négociation. L'exclusivité de la négociation collective avec le comité social et économique est prohibée en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise. Il est cependant possible d'ériger le comité social et économique en négociateur alternatif.

§2. La permissivité du droit national

272. Le droit constitutionnel français de la négociation collective n'implique aucun monopole syndical (**I**). Les dispositions légales révèlent l'inconstance de ce monopole et, partant, sa relativité (**II**). Le monopole syndical de négociation collective sur la participation du comité social et économique relève d'une politique juridique du législateur. Celle-ci peut toujours évoluer, au profit d'une négociation alternative avec le comité social et économique.

I. L'absence de monopole syndical constitutionnel

273. Le monopole syndical de négociation collective s'appuie sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 (**A**). La rédaction du texte n'étant pas sans ambiguïté, la position du Conseil constitutionnel sur la valeur du monopole syndical de négociation collective doit être étudiée (**B**).

A. Le monopole syndical au prisme du Préambule de la Constitution de 1946

274. Le délégué au sens du Préambule de 1946. Le Préambule de la Constitution de 1946 énonce en son alinéa 8 que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »¹⁷⁷⁷. Selon un auteur, la formule est « *elliptique et obscure* »¹⁷⁷⁸, car la nature du délégué n'est pas déterminée par le texte¹⁷⁷⁹. Il s'agit d'un « *système représentatif* »¹⁷⁸⁰, car la participation s'exerce par *l'intermédiaire* des délégués¹⁷⁸¹. Leur mode de désignation ne résulte toutefois d'aucune prescription constitutionnelle¹⁷⁸². Le délégué, au sens du Préambule de la Constitution de 1946, peut être un représentant du syndicat ou un représentant du personnel élu du comité social et économique¹⁷⁸³. La définition du délégué abonde en ce sens : il est, au sens commun, « *la personne qui reçoit une mission avec tout pouvoir pour la remplir* »¹⁷⁸⁴. Au sens juridique, ce substantif ne prend sens qu'accolé à un qualificatif¹⁷⁸⁵. Sans qualificatif, le terme est abscons, car susceptible d'une compréhension très large¹⁷⁸⁶. Sont identifiables le délégué syndical, le délégué du personnel, le délégué cantonal, le

¹⁷⁷⁷ Constitution du 27 oct. 1946, Préambule, al. 8.

¹⁷⁷⁸ G. LYON-CAEN, « La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit "non prévenu") », *Dr. ouvr.* 1996. 479.

¹⁷⁷⁹ J. DANIEL, *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation. Les principes constitutionnels et le droit du travail*, Thèse, Paris II, 2000, p. 93 ; J. DANIEL, « Alinéa 8 », in G. CONAC, X. PRÉTOT & G. TEBOUL, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 179, spéc. p. 215 : « *La seule considération du principe de participation conduit à constater que ce droit des travailleurs s'exerce par l'intermédiaire de "délégués" dont le Préambule ne précise pas la nature* » ; I. ODOUL-ASOREY, « Syndicats et gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 2020. 125 : « *Le texte constitutionnel prescrit l'exercice du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de délégués dont la nature n'est pas précisée* » ; M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 25.

¹⁷⁸⁰ L. FAVOREU & *alii*, *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1410, p. 1139.

¹⁷⁸¹ J. RIVERO & G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la constitution : le préambule », in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO & G. VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. 1, LGDJ, 1980, p. 93, spéc. p. 130.

¹⁷⁸² L. FAVOREU & *alii*, *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1410, p. 1139.

¹⁷⁸³ M.-A. SOURIAU & G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 181.

¹⁷⁸⁴ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Délégué*.

¹⁷⁸⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Délégué*. Dans cet ouvrage, l'auteur explicite le sens du terme délégué en accolant divers qualificatifs : délégué *consulaire*, délégués *du personnel*, délégués *mineurs*, délégués *syndicaux*, etc.

¹⁷⁸⁶ I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 352, p. 133.

délégué ministériel... Tous délégués, et tous chargés d'une mission spécifique¹⁷⁸⁷. Certains dictionnaires et lexiques n'envisagent pas la notion de délégué sans qualificatif¹⁷⁸⁸.

275. L'exclusion de la délégation et du mandat. Le délégué est aussi, au sens commun, « *la personne qui, dans une délégation, s'engage, sur l'ordre du délégant, envers le délégataire* »¹⁷⁸⁹. Cette acception du terme est à écarter, car il n'existe nulle délégation au bénéfice de l'élu du comité social et économique ou du délégué syndical¹⁷⁹⁰. Il n'y a pas non plus de mandat¹⁷⁹¹. L'existence d'un contrat et la règle selon laquelle l'acte réalisé par le mandataire est réputé effectué directement entre le tiers cocontractant et le représenté font tous deux défaut¹⁷⁹². Les délégués syndicaux ne sont ni les mandataires des adhérents du syndicat, ni les mandataires des salariés¹⁷⁹³ ; les élus du comité social et économique non plus¹⁷⁹⁴. Les nouvelles règles de

¹⁷⁸⁷ Le délégué est un « *agent chargé d'une mission particulière* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2022, v° *Délégué*).

¹⁷⁸⁸ S. GUINCHARD & T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, 2023, p. 357 ; C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n° 1625, p. 302 et s.

¹⁷⁸⁹ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Délégué*.

¹⁷⁹⁰ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 6, p. 15 : « *En droit français, le pouvoir syndical ne résulte ni d'un mandat ni d'une délégation* » (nous soulignons). La confusion s'explique par le fait que la délégation est « *étroitement associée à la notion de représentation dont elle constitue un versant juridique et technique* » (D. ALLAND & S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2003, v° *Délégation*).

¹⁷⁹¹ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 66, p. 87 : « *Les organisations syndicales ne représentent pas les salariés au sens civiliste du terme (ils ne sont pas les mandataires des salariés)* » ; Adde J. SAVATIER, « La notion de représentativité des syndicats en droit français », in *Les Cahiers de Droit, Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 437, spéc. p. 442 : « *Le syndicat n'agit pas comme mandataire de personnes privées, mais est investi par les pouvoirs publics d'une sorte de mission sociale* ».

¹⁷⁹² A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^e éd., LGDJ, 2019, n° 690, p. 470 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS & P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 406, p. 350 : « *Envers les tiers, le mandant est lié comme s'il avait traité lui-même sans avoir employé d'intermédiaire, ce qui est la conséquence de la représentation* » ; G. AUZERO, « Les syndicats, mandataires des salariés ? », *SSL* 2015, n° 1666, p. 10.

¹⁷⁹³ E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 990, p. 621.

¹⁷⁹⁴ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, n° 5, p. 6 ; G. BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 1006 ; *Comp. J.-M. VERDIER*, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991. 5.

détermination de la représentativité syndicale ont pu en faire douter¹⁷⁹⁵, mais en vain¹⁷⁹⁶. La mission de représentation du délégué syndical et de l' élu du comité social et économique est attribuée par la loi elle-même¹⁷⁹⁷.

276. Une tentative d'approche historique. À en croire un auteur, les délégués visés à l'alinéa 8 du Préambule de 1946 étaient, dans l'esprit des constituants, les élus du comité d'entreprise¹⁷⁹⁸. Prenant appui sur les travaux préparatoires de la Constitution de 1946, un autre auteur soutient que les délégués visés par le texte étaient les organisations syndicales¹⁷⁹⁹. L'auteur ajoute qu'il s'agissait aussi, en proclamant le principe de participation, de soutenir l'orientation amorcée par le législateur avec la mise en place du comité d'entreprise¹⁸⁰⁰. Ces positions contradictoires incitent à affirmer que la référence aux délégués ne donne pas de préférence à la représentation syndicale, mais ne l'exclut pas non plus¹⁸⁰¹. Lors de l'élaboration du Préambule de 1946, les délégués sont déjà nombreux : délégués syndicaux, délégués du personnel, délégués élus du comité d'entreprise... Le constituant pouvait identifier précisément l'acteur de la négociation collective, ce qu'il n'a pas fait. L'absence de qualificatif accolé au terme délégué n'est pas hasardeuse. Elle signifie que le Préambule de 1946

¹⁷⁹⁵ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539 : « le recours au vote pourrait (...) avoir rapproché les syndicats de la qualité de mandataires puisque, à travers leurs votes, les salariés sont désormais en mesure de désigner ceux qui négocieront et concluront des conventions et accords collectifs, en leur nom et pour leur compte ».

¹⁷⁹⁶ G. BORENFREUND & F. FAVENNEC-HÉRY, « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ? », *RDT* 2016. 309 : « si l'adhésion majoritaire des salariés, via les suffrages recueillis par les organisations signataires ou même par le biais du référendum, permet de resserrer les conditions de validité de l'accord, elle n'a pas pour effet de transmuier les syndicats en mandataires des salariés ».

¹⁷⁹⁷ G. BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 1006 ; F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, n° 327, p. 386.

¹⁷⁹⁸ V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 123, p. 67.

¹⁷⁹⁹ I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 352, p. 133 : « les débats relatifs à la formulation de la première partie de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 suggèrent que le terme "délégués" recouvre les organisations syndicales ».

¹⁸⁰⁰ I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 352, p. 133.

¹⁸⁰¹ V. BONNIN, « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouvr.* 1998. 340.

n'exclut aucune forme de représentation des salariés dans la négociation collective¹⁸⁰². Le législateur contemporain dispose d'une « *grande marge de manœuvre* »¹⁸⁰³ pour sélectionner ses agents d'exercice.

277. La déconnexion de la négociation collective et de la liberté syndicale. La déconnexion de la négociation collective et de la liberté syndicale y participe. Le fondement de la liberté syndicale en droit français réside en l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁸⁰⁴. Le fondement du droit de négociation collective se trouve à l'alinéa 8 dudit Préambule¹⁸⁰⁵. Le droit de négociation collective s'identifie comme variété du principe de participation¹⁸⁰⁶. C'est « *l'originalité du système français* »¹⁸⁰⁷. Les sources de la liberté syndicale et du droit de négociation collective sont distinctes : aucune référence n'est faite à la négociation collective dans l'alinéa 6 du Préambule¹⁸⁰⁸. La combinaison des alinéas 6 et 8 du Préambule n'incite donc pas à retenir que les délégués visés à l'alinéa 8 sont les délégués syndicaux¹⁸⁰⁹. La jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme l'analyse.

¹⁸⁰² L'alinéa 8 du Préambule de 1946 « visait, en effet, d'une part, le rétablissement de la négociation collective suspendue pendant la guerre, d'autre part, de nouvelles formes de représentation des salariés à construire dans l'entreprise pour permettre la participation à la gestion discutée par le Conseil national de la résistance » (M.-L. MORIN, « Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective », *Dr. ouvr.* 2018. 118) ; V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 306, p. 149 : « *La simple lecture du huitième alinéa du Préambule ne permet pas a priori d'identifier les agents de la négociation collective. Ainsi, le terme de délégués retenu par les rédacteurs de la Constitution de 1946 présente une réelle indétermination, celui-ci étant suffisamment général pour s'appliquer à l'ensemble des formes de participation garanties par cette disposition constitutionnelle. Aucune connexion n'est donc formellement réalisée entre les syndicats et le principe de participation* » (nous soulignons).

¹⁸⁰³ J. DANIEL, « Alinéa 8 », in G. CONAC, X. PRÉTOT & G. TEBOUL, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 179, spéc. p. 215.

¹⁸⁰⁴ Constitution du 27 oct. 1946, Préambule, al. 6 : « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* » ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1071, p. 1385.

¹⁸⁰⁵ Constitution du 27 oct. 1946, Préambule, al. 8 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

¹⁸⁰⁶ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 6, p. 16.

¹⁸⁰⁷ M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 25.

¹⁸⁰⁸ V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 7, p. 10.

¹⁸⁰⁹ *Contra* M. MARGUERITE, *Le droit à la représentation des salariés dans la négociation collective*, Thèse, Paris II, 2011, n° 67, p. 76.

B. Le monopole syndical au prisme de la jurisprudence constitutionnelle

278. Le rejet du monopole syndical constitutionnel. En l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise¹⁸¹⁰, une loi du 12 novembre 1996 ouvrait la négociation collective avec les élus du comité d'entreprise¹⁸¹¹. Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel était invité à se prononcer sur l'éventuelle existence d'un monopole syndical constitutionnel de négociation collective¹⁸¹². Au visa des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel énonce que « *si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales une vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* »¹⁸¹³. Aucun monopole syndical constitutionnel de négociation collective ne s'infère du Préambule de la Constitution de 1946¹⁸¹⁴. Le Conseil constitutionnel précise toutefois que « *des salariés désignés par la voie de l'élection (...) peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* »¹⁸¹⁵. L'ambiguïté est patente¹⁸¹⁶.

¹⁸¹⁰ M. POIRIER, « Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle », *Dr. ouvr.* 1996. 311.

¹⁸¹¹ L. n° 96-985 du 12 nov. 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, *JORF* n° 0264, 13 nov. 1996, texte n° 1.

¹⁸¹² Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, *Rec. Cons. const.* 1996. 128 ; *D.* 1997. 152, chron. B. Mathieu ; *D.* 1998. 152, obs. J. Trémeau ; *Dr. soc.* 1997. 25, obs. M.-L. Morin ; *RTD civ.* 1997. 785, obs. R. Libchaber ; *JCP E* 1996. III. 68213 ; *RJS* 1996. 1296 ; *RDP* 1997. 13, chron. D. Rousseau ; *TPS* 1997. 1, chron. X. Prétot ; *Dr. ouvr.* 1996. 479, note G. Lyon-Caen.

¹⁸¹³ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, consid. 8, *Rec. Cons. const.* 1996. 128, *préc.*

¹⁸¹⁴ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 392, p. 334, l'auteur affirmant avant la décision du Conseil constitutionnel que « *du point de vue hiérarchique, le monopole syndical a valeur légale et non constitutionnelle* » puisque « *la Constitution ne lie pas le droit à la négociation collective et la liberté syndicale* ».

¹⁸¹⁵ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, consid. 8, *Rec. Cons. const.* 1996. 128, *préc.*

¹⁸¹⁶ V. BONNIN, « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouvr.* 1998. 340.

279. La reconnaissance du monopole syndical légal. Le monopole syndical de négociation collective n'est pas constitutionnel¹⁸¹⁷. Il est légal et repose sur une politique juridique du législateur, lequel peut « *sans violer les normes constitutionnelles, le tempérer ou même l'écarter* »¹⁸¹⁸. L'invocation par le Conseil constitutionnel de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 ne contredit pas l'analyse, car le droit de négociation collective n'a pas pour fondement la liberté syndicale¹⁸¹⁹. Il n'en est qu'une modalité d'exercice « *constitutionnellement garantie* »¹⁸²⁰. La décision du Conseil constitutionnel opère une conciliation¹⁸²¹. Le principe du monopole syndical légal est valable, tout comme sa remise en cause¹⁸²². La « *vocation naturelle* »¹⁸²³ des syndicats dans l'accès à la négociation collective relève de l'imaginaire du Conseil constitutionnel¹⁸²⁴. La notion est absente du Préambule de

¹⁸¹⁷ V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 309, p. 150 : « *le monopole des organisations syndicales en matière de négociation collective ne répond à aucune exigence constitutionnelle. Cette solution semble parfaitement logique dans la mesure où le huitième alinéa ne se réfère pas spécifiquement à elles* ».

¹⁸¹⁸ J.-M. VERDIER, « Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, éd. A. Pedone, 1999, p. 607, spéc. p. 611.

¹⁸¹⁹ I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 378, p. 141, l'auteur évoquant que le Conseil constitutionnel ne va pas « *jusqu'à fournir au droit de la négociation collective un fondement tiré de la liberté syndicale* ».

¹⁸²⁰ I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 375, p. 140 ; P. RÉMY, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *SSL* 2011, n° 1508, p. 63.

¹⁸²¹ I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 408, p. 154 : « *Le Conseil constitutionnel tend (...) à concilier deux exigences constitutionnelles, droit des travailleurs à la négociation collective, intervention des syndicats représentatifs dans la négociation collective, dont la distance est tenue* ».

¹⁸²² La décision du Conseil constitutionnel « *permet à la fois de considérer comme valides les dispositions légales qui consacrent le monopole syndical, et en particulier le monopole des syndicats reconnus représentatifs, et les clauses tendant à la remise en cause de ce principe* » (D. SOLDINI, *Les fondements du pouvoir normatif des syndicats de travailleurs*, Thèse, Paris I, 2009, n° 379, p. 315).

¹⁸²³ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, consid. 8, *Rec. Cons. const.* 1996. 128, *préc.*

¹⁸²⁴ M. MARGUERITE, *Le droit à la représentation des salariés dans la négociation collective*, Thèse, Paris II, 2011, n° 91, p. 93 : « *rien n'est naturel, ou du domaine de la vocation, lorsqu'il est fait référence à une personne morale dont les attributions sont définies par la loi* ».

la Constitution de 1946¹⁸²⁵. Le qualificatif est étranger au langage du droit et « *se démarque du positivisme juridique* »¹⁸²⁶.

280. Le monopole syndical réaffirmé. Certains auteurs ont pourtant considéré qu'une hiérarchie s'inférait de cette décision du Conseil constitutionnel¹⁸²⁷. Les syndicats représentatifs seraient à l'abri de toute concurrence au sein de l'entreprise¹⁸²⁸. Une « *prééminence* »¹⁸²⁹ par rapport à d'autres agents de négociation collective serait caractérisée¹⁸³⁰. Ceux-ci n'interviendraient que pour pallier l'absence de syndicats « *et non pour se substituer à eux* »¹⁸³¹. L'intervention du comité social et économique dans la négociation collective serait subsidiaire, lorsque l'entreprise ne compte pas de délégués syndicaux¹⁸³². Une disposition légale qui autoriserait l'employeur à préférer

¹⁸²⁵ G. LYON-CAEN, « La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit "non prévenu") », *Dr. ouvr.* 1996. 479 : « *il est étrange de découvrir dans le texte constitutionnel une "vocation naturelle" des organisations syndicales ; il ne dit rien de tel* ».

¹⁸²⁶ I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 377, p. 140 ; Adde V. BONNIN, « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouvr.* 1998. 340 : « *L'emploi d'un tel adjectif, qui renvoie à la théorie, générale et individualiste, du droit, est assez inhabituel dans le droit des rapports collectifs de travail* ».

¹⁸²⁷ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, *Rec. Cons. const.* 1996. 128, *préc.*

¹⁸²⁸ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.

¹⁸²⁹ C. BARBEROT, « Les acteurs de la négociation collective ; leur représentativité », *Dr. ouvr.* 1998. 332.

¹⁸³⁰ V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003, n° 310, p. 151 ; B. MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective. À propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.* 1997. 152. Le Conseil constitutionnel aurait « *donné primauté à l'action syndicale sur celle des élus* » (F. PETIT, « Les modes dérogatoires de négociation collective », in *Droit social international et européen en mouvement, Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 405, spéc. p. 406).

¹⁸³¹ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539 ; Adde I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 408, p. 154 : « *La limite constitutionnelle à l'intervention des représentants élus du personnel en matière de négociation collective reste (...) empreinte d'incertitude. La seule limite infranchissable paraît être celle de l'accès des syndicats représentatifs à la négociation collective, dans les entreprises dotées de délégué syndical* ».

¹⁸³² M. MARGUERITE, *Le droit à la représentation des salariés dans la négociation collective*, Thèse, Paris II, 2011, n° 90, p. 92 : « *Les syndicats ont un rôle majeur dans la négociation collective ; une autre représentation salariale n'est admissible qu'en leur absence* » ; A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT & A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998. 359 : « *À suivre le Conseil constitutionnel, la loi ne peut, semble-t-il, écarter leur monopole que la où ils [les syndicats représentatifs] ne sont pas présents* ».

le comité social et économique en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise serait inconstitutionnelle¹⁸³³.

281. Le monopole syndical disqualifié. Des auteurs estiment au contraire que le monopole syndical légal esquisse un privilège à l'endroit des syndicats que le principe de participation n'implique pas¹⁸³⁴. Ce monopole conduit à privilégier une forme de représentation des salariés sur une autre, malgré l'absence de monopole contenu dans l'alinéa 8 du Préambule de 1946¹⁸³⁵. Le comité social et économique pourrait accéder à la négociation collective même en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise¹⁸³⁶. En permettant une sélection des agents de négociation collective, le législateur ne contrarierait pas le principe de participation¹⁸³⁷.

282. La disqualification du monopole syndical confirmée. Les règles de la négociation collective substitutive dans les entreprises de moins de cinquante salariés confortent l'analyse¹⁸³⁸. Antérieurement, le mandatement syndical constituait le régime

¹⁸³³ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD & E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 722 : « tout porte à croire que serait inconstitutionnelle une disposition législative autorisant un employeur à préférer d'autres partenaires (...) à des syndicats représentatifs dans son entreprise, voire excluant ces syndicats de la conclusion d'accords collectifs ».

¹⁸³⁴ M.-A. SOURIAU & G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 181 : « En écartant les représentants élus de la conclusion des accords collectifs, seule fonction à travers laquelle "les délégués" engagent les salariés, le législateur ne contrarie certes pas directement le principe de participation. Mais le partage qu'il opère aboutit nécessairement à privilégier, sans raison juridique de fond, un mode d'investiture et, partant, une légitimité par rapport à une autre. Même si l'on peut se saisir de l'alinéa 6 du Préambule pour attribuer aux syndicats une "vocation naturelle" à défendre les droits et intérêts des salariés, notamment à travers la négociation collective, cette vocation ne suffit assurément pas, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel, à faire naître un monopole ».

¹⁸³⁵ F. CANUT & F. GÉA, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) », *Dr. soc.* 2016. 1038 : « la signification que se voit reconnaître le principe de participation, ancré dans l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, n'ouvre pas, en matière de négociation collective, sur un monopole des organisations syndicales ».

¹⁸³⁶ G. LYON-CAEN, « La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit "non prévenu") », *Dr. ouvr.* 1996. 479 : « le législateur peut sans doute, sans encourir la censure du juge constitutionnel, modifier le système français de négociation collective : le modifier même très substantiellement ; par exemple décider que les accords collectifs seront négociés non plus nécessairement par des syndicats représentatifs mais par des élus » ; Adde F. ROSA, *Les actes de réglementation privée*, Thèse, Paris I, 2011, n° 481, p. 258.

¹⁸³⁷ M.-A. SOURIAU & G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 181.

¹⁸³⁸ B. TEYSSIÉ, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1112.

prioritaire ; la négociation par les élus du comité social et économique non mandatés était subsidiaire¹⁸³⁹. Le mandatement syndical n'a aujourd'hui plus d'incidence sur le choix des partenaires à la négociation¹⁸⁴⁰. Salariés mandatés, élus du comité social et économique mandatés et non mandatés sont placés sur un pied d'égalité : aucune priorité ne s'impose à l'employeur dans le choix du négociateur salarié¹⁸⁴¹. L'audience obtenue par les élus du comité social et économique suffit à leur conférer la légitimité pour conclure un accord collectif¹⁸⁴². Le monopole syndical légal, matérialisé par le mandatement syndical, s'efface en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise de moins de cinquante salariés¹⁸⁴³. Le Conseil constitutionnel n'a pas déclaré la disposition inconstitutionnelle pour autant¹⁸⁴⁴.

II. L'inconstance du droit légal relatif au monopole syndical

283. Le législateur admet des dérogations au monopole syndical de négociation collective, même en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise. Le comité social et économique est tantôt un interlocuteur alternatif aux délégués syndicaux (**A**), tantôt un interlocuteur exclusif dans la négociation collective (**B**).

¹⁸³⁹ F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

¹⁸⁴⁰ C. trav., art. L. 2232-23-1.

¹⁸⁴¹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 829, p. 631.

¹⁸⁴² F. GÉA, « Un renouveau de la négociation collective ? », in F. GÉA, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 21, spéc. p. 112 ; *Rappr.* B. TEYSSIÉ, « La représentation des salariés dans la négociation collective d'entreprise », *RIDC* 2006. 503 : « *l'onction du suffrage universel vaut bien celle d'un syndicat... et l'aptitude d'un élu à négocier quelque accord n'est pas nécessairement moindre que celle d'un délégué syndical ou d'un salarié ordinaire, même mandaté par une organisation syndicale* ».

¹⁸⁴³ CE, 18 févr. 2019, n° 417209, *D.* 2020. 1136, obs. Y. Ferkane ; *JCP S* 2019. 96 ; *BJT* 2019, n° 4, p. 23, note F. Bergeron-Canut.

¹⁸⁴⁴ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 666, obs. V. Champeil-Desplats ; *Cah. soc.* 2018, n° 306, p. 184 ; *JCP S* 2018. 1181, note C.-A. Célénice ; *SSL* 2018, n° 1809, p. 2, note M. Caro.

A. Les accords conclus alternativement avec le comité social et économique

284. Les accords d'épargne salariale. Le comité social et économique peut être un interlocuteur alternatif aux délégués syndicaux¹⁸⁴⁵. Les accords d'intéressement et de participation l'attestent¹⁸⁴⁶. La compétence syndicale demeure, mais le monopole syndical est écarté¹⁸⁴⁷. Les accords d'intéressement et de participation sont conclus entre l'employeur et les délégués syndicaux, ou « *au sein du comité social et économique* »¹⁸⁴⁸. Le caractère alternatif est réel¹⁸⁴⁹. Les modalités de conclusion de ces accords établissent que « *nulle voie n'est prioritaire par rapport aux autres* »¹⁸⁵⁰. Selon un auteur, il s'agirait d'une anomalie du droit de la négociation collective¹⁸⁵¹, laquelle s'expliquerait historiquement¹⁸⁵². La volonté du législateur était de contourner l'opposition historique des syndicats représentatifs aux dispositifs d'intéressement et

¹⁸⁴⁵ L'article R. 2315-47, al. 3 du Code du travail dispose que le délai maximal dans lequel l'expert remet son rapport est fixé par accord d'entreprise « *ou* » accord entre le comité social et économique. Cette alternative minore l'importance du monopole syndical de négociation collective, sauf à considérer qu'il ne s'agit que d' « *erreurs de plume que le législateur devrait s'empresse de corriger* » (Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235).

¹⁸⁴⁶ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 928, p. 733 et s. ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10^e éd., LGDJ, 2016, n° 1046, p. 683 ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1052, p. 1357 et s. ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 838, p. 636 et s.

¹⁸⁴⁷ M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 418, p. 353 : « *dans toutes ces situations, la conclusion d'un accord collectif est, cependant, toujours possible. S'il y a dérogation au monopole syndical, la compétence syndicale demeure* » ; Adde M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 25 : « *c'est déjà le cas par exemple pour les accords d'intéressement qui peuvent résulter d'un accord collectif de droit commun aussi bien que d'accords signés avec les élus ou après référendum* ».

¹⁸⁴⁸ C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3322-6. L'hypothèse d'une ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un projet d'accord proposé par l'employeur ne sera pas évoquée.

¹⁸⁴⁹ E. DEVEAUX, *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise. Essai sur une communauté de travail au service de l'intérêt de l'entreprise*, LexisNexis, 2016, n° 512, p. 202.

¹⁸⁵⁰ V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 431, p. 253.

¹⁸⁵¹ V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 433, p. 254.

¹⁸⁵² M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 527, p. 449. Un auteur a justifié cette possibilité par le fait que « *la conclusion de ces accords nécessite une information économique* » que le comité « *est seul à posséder* » (R. VATINET, *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981, n° 668, p. 844).

de participation¹⁸⁵³. Le monopole syndical n'en est pas moins atteint¹⁸⁵⁴. La négociation de l'accord d'intéressement et de participation au sein du comité social et économique le transgresse¹⁸⁵⁵.

285. La nature de l'accord conclu au sein du comité social et économique. Le monopole syndical de négociation collective n'est pas affecté si l'accord conclu au sein du comité social et économique n'est pas un accord collectif. Certains auteurs y voient un « *contrat de droit civil* »¹⁸⁵⁶. D'autres soutiennent qu'il s'agit d'un accord atypique¹⁸⁵⁷. Ces deux thèses postulent qu'il s'agit d'une décision unilatérale de l'employeur par laquelle il s'engage vis-à-vis des salariés à les faire bénéficier du dispositif établi¹⁸⁵⁸. La terminologie d'accord atypique est « *ambiguë et trompeuse* »¹⁸⁵⁹. L'accord atypique n'a d'accord que le nom¹⁸⁶⁰. Cette qualification devient aujourd'hui « *plus fuyante* »¹⁸⁶¹ et ne concerne que les actes ignorés du

¹⁸⁵³ J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 133 ; M. DESPAX, « La participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises en France », in *Les Cahiers de Droit, Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 367, spéc. p. 373 ; Adde J. M., « L'intéressement des travailleurs, une ordonnance déconcertante, mais peut-être malgré tout une étape », *Dr. soc.* 1967. 489.

¹⁸⁵⁴ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 838, p. 636 ; J. SAVATIER, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988. 89 : « *il y a, dans la prérogative reconnue au comité d'entreprise de conclure des accords d'intéressement et de participation, une entorse apportée au principe du monopole de représentativité des organisations syndicales pour négocier collectivement au nom des travailleurs* ».

¹⁸⁵⁵ G. LYON-CAEN, *Droit du travail. Le salaire*, 2^e éd., Dalloz, 1981, n° 140, p. 173 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10^e éd., LGDJ, 2016, n° 371, p. 251 : « *permettre aux institutions consultatives de négocier un accord apparaît comme un mélange suspect des genres, semblant transgresser le monopole syndical de négociation* ».

¹⁸⁵⁶ E. DEVEAUX, *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise. Essai sur une communauté de travail au service de l'intérêt de l'entreprise*, LexisNexis, 2016, n° 516, p. 205.

¹⁸⁵⁷ J.-P. LIEUTIER, « L'intervention des syndicats et des institutions représentatives du personnel en matière d'épargne salariale et d'actionnariat salarié », *Dr. soc.* 2014. 754 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10^e éd., LGDJ, 2016, n° 371, p. 251.

¹⁸⁵⁸ M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, p. 782.

¹⁸⁵⁹ J. PÉLISSIER, « Droit des conventions collectives. Évolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 95.

¹⁸⁶⁰ C. FREYRIA, « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.* 1988. 43 ; R. DE QUENAUDON, « Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 263.

¹⁸⁶¹ M.-A. SOURIAU & G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 181.

législateur¹⁸⁶². Divers auteurs estiment que l'accord d'intéressement et de participation conclu au sein du comité social et économique revêt la nature d'un accord collectif de travail¹⁸⁶³ au sens classique du terme¹⁸⁶⁴, ou par assimilation¹⁸⁶⁵. L'extension des prérogatives de négociation collective du comité social et économique conforte cette qualification¹⁸⁶⁶, l'objectif du législateur étant de développer la négociation collective¹⁸⁶⁷. L'exception au monopole syndical en matière d'épargne salariale n'a pas « conforté le principe »¹⁸⁶⁸. Elle permet davantage de consolider la capacité de négociation collective du comité social et économique¹⁸⁶⁹. Certains accords conclus exclusivement avec celui-ci s'inscrivent dans cette logique.

¹⁸⁶² F. ROSA, « La nature juridique des accords conclus “au sein” du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 632.

¹⁸⁶³ J.-C. JAVILLIER, « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail (le cas des représentations des salariés dans l'entreprise) », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 219, spéc. p. 229 ; M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, n° 527, p. 449 ; Contra F. ROSA, « La nature juridique des accords conclus “au sein” du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 632, l'auteur estimant que l'énumération des articles L. 3312-5 et L. 3322-6 du Code du travail fait échec à la qualification d'accord collectif pour les accords conclus au sein du comité social et économique en ce que, « juxtaposant ces différentes sortes d'accords, le Code exclut implicitement leur commune appartenance au genre des conventions et accords collectifs ».

¹⁸⁶⁴ J. SAVATIER, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988. 89 : « il n'y a pas (...) de raison sérieuse d'opposer les accords d'intéressement et de participation aux autres accords collectifs d'entreprise, comme s'ils avaient une nature différente ». L'abrogation de l'article R. 3312-1 du Code du travail, lequel prescrivait la consultation du comité social et économique sur le projet d'accord d'intéressement, est en ce sens. Cette abrogation fut motivée par la contradiction avec l'article L. 2312-14, al. 2 du Code du travail, lequel exclut de la consultation du comité social et économique les projets d'accords collectifs (v. G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER & P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, 1^e éd., Dalloz, 2018, n° 432.352, p. 750).

¹⁸⁶⁵ A. JOUSSELIN, *La structuration du comité social et économique par la négociation. Droit et pratique de la négociation institutionnelle*, Thèse, Paris II, 2021, n° 456, p. 400 et s.

¹⁸⁶⁶ M.-A. SOURIAU & G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 181 : « les élus du personnel font l'objet, ès qualités, d'une promotion au rang de négociateurs d'un accord collectif de travail » ; J.-C. JAVILLIER, « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail (le cas des représentations des salariés dans l'entreprise) », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 219, spéc. p. 229 : « d'observation ou d'expérience, chacun sait que le développement de la négociation collective au sein même des comités d'entreprise est un phénomène d'importance dans l'évolution du système français de relations professionnelles ».

¹⁸⁶⁷ J.-S. LIPSKI, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, 2012, n° 259, p. 160 : « la volonté du législateur est de développer la négociation collective dans les entreprises, au détriment du monopole syndical ».

¹⁸⁶⁸ Contra I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 320, p. 122.

¹⁸⁶⁹ V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 454, p. 265 : « la mécanique mise en place par la loi en matière d'épargne salariale conforte la capacité normative autonome de la représentation élue du personnel ».

B. Les accords conclus exclusivement avec le comité social et économique

286. Le comité social et économique est, en de rares occasions, un interlocuteur exclusif de l'employeur dans la négociation collective. L'objet de la négociation peut l'expliquer, car il s'agit du fonctionnement interne du comité social et économique. L'accord relatif à la visioconférence - et à la sténographie - demeure (1). Celui relatif aux délais de consultation du comité social et économique est finalement retourné dans le giron de la négociation collective avec les délégués syndicaux (2).

1. L'accord relatif à la visioconférence

287. Une justification par l'objet de l'accord. L'accord relatif à la visioconférence du comité social et économique atteste de l'existence d'un monopole de négociation à son profit¹⁸⁷⁰. Le comité social et économique dispose d'une compétence « exclusive »¹⁸⁷¹ de celles des délégués syndicaux présents dans l'entreprise¹⁸⁷². Cette exclusivité existe aussi en matière d'enregistrement et de sténographie des séances du comité social et économique¹⁸⁷³. La capacité de négociation du comité social et économique est indispensable pour donner vie à l'accord¹⁸⁷⁴. L'accord portant sur le fonctionnement interne du comité social et économique, l'ériger en « agent exclusif de négociation »¹⁸⁷⁵ est cohérent. D'autres champs ouverts à la négociation collective ont des objets comparables : l'information du comité social et économique, les délais comme les contenus de ses consultations y renvoient¹⁸⁷⁶. L'immixtion des syndicats

¹⁸⁷⁰ C. trav., art. L. 2315-4 : « Le recours à la visioconférence pour réunir le comité social et économique peut être autorisé par un accord entre l'employeur et les membres élus de la délégation du personnel du comité. En l'absence d'accord, ce recours est limité à trois réunions par année civile » ; C. trav., art. L. 2316-16.

¹⁸⁷¹ F. GÉA, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT* 2018, n° 1, p. 50 ; V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 417, p. 247.

¹⁸⁷² Y. PAGNERRE, « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235.

¹⁸⁷³ C. trav., art. D. 2315-27.

¹⁸⁷⁴ B. TEYSSIÉ & alii, *Droit et pratique du comité social et économique*, LexisNexis, 2018, n° 546, p. 466.

¹⁸⁷⁵ Y. FERKANE, « Le CSE comme agent de la négociation collective », *Dr. ouvr.* 2020. 595.

¹⁸⁷⁶ G. AUZERO & R. CHISS, « L'expression du comité social et économique », *RJS* 2021. 271.

représentatifs dans ces autres champs relatifs au fonctionnement interne du comité social et économique laisse perplexe¹⁸⁷⁷.

2. L'ancien accord relatif aux délais de consultation

288. Le monopole du comité social et économique. La loi relative à la sécurisation de l'emploi¹⁸⁷⁸ consacrait un accord entre l'employeur et le comité social et économique relatif aux délais de sa consultation¹⁸⁷⁹. La loi faisait du comité social et économique « *l'acteur nouveau d'une entreprise de sécurisation des procédures de consultation* »¹⁸⁸⁰. La transgression du monopole syndical était significative : les syndicats étaient écartés de la négociation¹⁸⁸¹. Selon certains auteurs, la règle contrevenait au droit constitutionnel de la négociation collective¹⁸⁸². Cette possibilité de négociation révélait plutôt que l'existence d'un délégué syndical dans l'entreprise n'excluait pas la négociation collective avec le comité social et économique¹⁸⁸³.

¹⁸⁷⁷ À titre d'illustration, les délibérations du comité social et économique sont consignées dans un procès-verbal établi par le secrétaire dans un délai et selon des modalités définies par un accord conclu avec les délégués syndicaux (v. C. trav., art. L. 2315-34, al. 1). Les modalités selon lesquelles sont restitués les échanges entre l'employeur et le comité social et économique devraient ressortir de la compétence de négociation du comité social et économique.

¹⁸⁷⁸ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138, 16 juin 2013, p. 9958, texte n° 1.

¹⁸⁷⁹ C. trav., art. L. 2323-3, al. 3, anc. : « *Sauf dispositions législatives spéciales, un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise ou, le cas échéant, le comité central d'entreprise, adopté à la majorité des membres titulaires élus du comité (...) fixe les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise sont rendus (...)* ».

¹⁸⁸⁰ L. MARQUET DE VASSELLOT & A. MARTINON, « Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise », *JCP S* 2014. 1183.

¹⁸⁸¹ G. AUZERO & R. CHISS, « L'expression du comité social et économique », *RJS* 2021. 271 : « *antérieurement à sa modification par la loi Rebsamen du 17 août 2015, l'ancien article L. 2323-3 du Code du travail renvoyait uniquement à un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise le soin de fixer les délais de consultation de celui-ci* ».

¹⁸⁸² J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015, n° 134, p. 65 ; I. ODOUL-ASOREY, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013, n° 932, p. 370 : « *nul doute que le droit constitutionnel exclut la mise à l'écart de la négociation collective, des organisations syndicales ayant désigné un délégué syndical* ».

¹⁸⁸³ *Rappr.* G. BORENFREUND, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2004. 606 : « *un dispositif légal qui ne fermerait pas définitivement les portes de la négociation aux élus du personnel dans les entreprises où il existe des délégués syndicaux pourrait ne pas s'exposer, en soi, au reproche d'avoir pour objet ou pour effet de faire obstacle à l'intervention des organisations syndicales représentatives* ».

289. Le monopole des délégués syndicaux. Le retrait de l'exclusivité de la négociation avec le comité social et économique n'a pas tardé¹⁸⁸⁴. Le monopole de négociation du comité social et économique a été abandonné au profit d'une négociation prioritaire avec le délégué syndical¹⁸⁸⁵. L'objet de la négociation a motivé ce changement¹⁸⁸⁶. Le délai de consultation du comité social et économique ne fixe pas la date à laquelle il doit rendre son avis, mais celle au-delà de laquelle il est réputé avoir été consulté¹⁸⁸⁷. Le délai n'est pas un « *temps imposé pour la réalisation effective de la consultation* »¹⁸⁸⁸. Comme rien n'interdisait au comité social et économique de rendre son avis avant la fin du délai conventionnellement fixé¹⁸⁸⁹, son intérêt à le minorer par accord était absent¹⁸⁹⁰.

290. Conclusion de paragraphe. La jurisprudence constitutionnelle rejette l'idée d'un monopole syndical constitutionnel de négociation collective. Ce monopole est légal et résulte d'une politique juridique du législateur. Ce monopole syndical n'est pas sans ambiguïté, car diverses dispositions légales le minorent ou l'écartent. Une systématisation prenant appui sur l'objet de l'accord collectif est nécessaire. Elle

¹⁸⁸⁴ L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

¹⁸⁸⁵ V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 409, p. 243.

¹⁸⁸⁶ Y. TARASEWICZ, « Du bon usage des délais dans les consultations CE », *Liaisons soc.* 2016, n° 169, p. 69 : « *L'on s'étonne, en revanche, que la loi Rebsamen ait retiré au comité d'entreprise le pouvoir de discuter avec l'employeur du délai de sa consultation pour le confier aux syndicats. Si une telle négociation collective a un sens pour les consultations récurrentes, elle n'en a pas pour celles "ponctuelles", notamment quand elles ont trait à la marche générale de l'entreprise ou à des opérations de type cession. En effet, le délai nécessaire à la consultation ne peut s'apprécier qu'au vu du dossier remis par l'employeur. Or, l'on voit mal ce dernier s'engager "à chaud" dans une négociation avec les délégués syndicaux sur la seule question du délai de consultation pour une opération donnée. Il est, dès lors, à craindre que l'employeur, dans un souci d'efficacité, se borne à appliquer le délai légal alors même qu'il aurait été prêt à concéder, dans le cadre d'une délibération prise en comité d'entreprise, un délai plus long. La volonté manifestée de manière récurrente par le législateur de favoriser les syndicats au détriment de la représentation élue du personnel prend parfois des formes surprenantes préjudiciables à la simplicité devant présider à un dialogue social de qualité. On ne peut que le regretter* ».

¹⁸⁸⁷ V. ARMILLEI & P. LAGESSE, « À propos des délais de consultation du CSE (1^{re} partie) », *SSL* 2017, n° 1791, p. 4 ; V. ARMILLEI & P. LAGESSE, « À propos des délais de consultation du CSE (2^e partie) », *SSL* 2017, n° 1792, p. 6.

¹⁸⁸⁸ G. LOISEAU, « La procédure de consultation des représentants du personnel », *Cah. soc.* 2014, n° 260, p. 137.

¹⁸⁸⁹ Circ. DGT n° 2014-1, 18 mars 2014, Fiche 2, pt. 2.

¹⁸⁹⁰ S. BOURQUELOT & F. MARRON, « Nouveaux délais de consultation et d'expertise du comité d'entreprise », *Cah. DRH* 2014, n° 208, p. 2.

permettrait d'ériger le comité social et économique en un négociateur alternatif des accords collectifs relatifs à sa participation dans l'entreprise.

291. Conclusion de section. Le comité social et économique est l'acteur nouveau de la négociation collective sur sa participation. Son intervention reste cantonnée à l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise. Si le monopole syndical de négociation collective est toujours vivace, le droit international et européen, comme le droit français, permettent de le remettre en cause. Élever le comité social et économique en un négociateur alternatif aux délégués syndicaux, même présents dans l'entreprise, est possible. Cela se justifie lorsqu'il s'agit de négocier sur sa participation dans l'entreprise.

292. Conclusion de chapitre. L'histoire des relations collectives de travail a entériné deux canaux de participation dans l'entreprise : le délégué syndical et le comité social et économique. Au premier était reconnue la mission de négociation collective ; au second, la mission d'information-consultation. Or, la négociation collective sert aujourd'hui à modeler l'information-consultation du comité social et économique, ainsi que son fonctionnement interne dont sa participation est tributaire. Une réflexion sur les acteurs de la négociation s'impose. La légitimité des organisations syndicales est historique, mais sa justification contemporaine est hasardeuse¹⁸⁹¹. Elles n'apparaissent plus, eu égard à la réforme de la détermination de leur représentativité, comme légitimes à façonner la participation du comité social et économique. Le comité social et économique, sans souffrir l'opposition du monopole syndical de négociation collective, serait apte à négocier sur sa participation. Il serait un interlocuteur alternatif aux délégués syndicaux présents dans l'entreprise.

¹⁸⁹¹ P. ROSANVALLON, *La question syndicale*, Calmann-Lévy, 1988, p. 21 : « leur existence et leur légitimité ont une dimension historique, elles relèvent d'une tradition ou d'un statut social » ; Rappr. P. ZARIFIAN, « Le syndicalisme face à l'entreprise industrielle », *Sociologie du Travail* 1985, n° 3, p. 336 : « La crise révèle en effet une vérité élémentaire : l'existence du syndicalisme dans la société ne relève d'aucune nécessité objective. C'est d'abord un acte volontaire qui se donne lui-même les conditions de s'affirmer. Le système de relations professionnelles donne corps au mode d'expression du syndicalisme et organise socialement son usage. Mais il ne fonde pas son existence ».

293. Conclusion de titre. La négociation sur la participation du comité social et économique est devenue majeure. Tant ses attributions, que son fonctionnement interne, sont soumis au jeu de l'accord collectif. Le comité social et économique ne négocie sur sa participation qu'à titre subsidiaire, à défaut de délégué syndical dans l'entreprise. Le délégué syndical dispose d'un monopole de négociation collective lui permettant de négocier prioritairement. Ce monopole est justifié par la représentativité du délégué syndical, laquelle est déterminée en référence aux élections du comité social et économique. La légitimité du délégué syndical pour négocier sur la participation du comité social et économique est discutable. L'autonomisation du droit de négociation collective permet d'envisager la négociation sur la participation du comité social et économique par lui-même, de manière alternative aux délégués syndicaux. Elle ne rencontre pas d'obstacle juridique. Cette participation par la négociation est déjà consacrée par le législateur contemporain en d'autres domaines.

Titre 2. Le renouvellement de l'esprit

294. La participation par la négociation ponctuelle. La négociation collective d'entreprise relève des attributions économiques du comité social et économique¹⁸⁹². La documentation de l'administration du travail le montre avec force, eu égard à la stabilité des thèmes rencontrés¹⁸⁹³. Le comité social et économique a longtemps été exclu de la fonction de négociation. La baisse de la présence syndicale dans l'entreprise a cependant contraint le législateur à le transformer progressivement en un agent de négociation collective substitutif. La participation du comité social et économique par la négociation collective d'entreprise est tributaire d'un contexte. Elle n'intervient qu'en l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise. Mais une autre hypothèse permet au comité social et économique d'entrer en négociation avec l'employeur relativement à la décision. Le droit de veto exceptionnel qui lui est reconnu l'érige en un négociateur dans l'entreprise. L'apposition d'un veto à la décision unilatérale de l'employeur contraint celui-ci à entrer en négociation avec le comité social et économique, de façon à surmonter son opposition à la décision. L'absence de représentation syndicale dans l'entreprise et l'apposition d'un veto à la décision de l'employeur concourent à faire du comité social et économique un négociateur ponctuel dans l'entreprise (**Chapitre 1**).

¹⁸⁹² Étude d'impact, Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 110 : « *la très grande majorité des accords collectifs est conclue sur des thèmes relevant du champ des attributions économiques du comité d'entreprise* ».

¹⁸⁹³ Entre 2017 et 2021, l'épargne salariale, les salaires, primes et gratifications et le temps de travail représentaient près de 80% des thèmes des accords collectifs conclus dans les entreprises de plus et de moins de cinquante salariés (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2017*, Bilans et rapports, 2018, p. 19 et s.). Dans les entreprises de plus de cinquante salariés, en 2018, 30% des accords d'entreprise portaient sur l'épargne salariale, 26% sur les salaires, primes et gratifications et 23% sur le temps de travail (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2018*, Bilans et rapports, 2019, p. 20). En 2019, 41% des accords d'entreprise portaient sur l'épargne salariale, 22% sur les salaires, primes et gratifications et 17% sur le temps de travail (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2019*, Bilans et rapports, 2020, p. 21). En 2020, 45% des accords d'entreprise portaient sur l'épargne salariale, 24% sur le temps de travail et 20% sur les salaires, primes et gratifications (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2020*, Bilans et rapports, 2021, p. 22). En 2021, la négociation collective d'entreprise portait sur les mêmes thèmes, indifféremment de la qualité des signataires des accords collectifs (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2021*, Bilans et rapports, 2022, p. 21).

295. La participation par la négociation permanente. La transformation potentielle du comité social et économique en un conseil d'entreprise pourrait rendre permanente sa participation par la négociation. Résultant de la fusion du double canal de participation dans l'entreprise, le conseil d'entreprise est un comité social et économique aux prérogatives sublimées. Le conseil d'entreprise est l'interlocuteur exclusif de l'employeur dans la négociation collective d'entreprise. Il bénéficie aussi d'une extension de son droit de veto sur les décisions unilatérales de l'employeur qui, pour être adoptées, l'invite à négocier (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'existence d'une négociation ponctuelle

296. La diversification des acteurs de la négociation collective. L'intervention dans la négociation collective d'entreprise des élus du comité social et économique non mandatés est marginale. Les chiffres de l'administration du travail font fi des accords d'épargne salariale. Ils concluaient 9,4% des accords d'entreprise en 2017¹⁸⁹⁴, 11,7% en 2018¹⁸⁹⁵, 10,6% en 2019¹⁸⁹⁶, 8,4% en 2020¹⁸⁹⁷ et 10,1% en 2021¹⁸⁹⁸. L'entreprise accuse cependant une baisse du nombre des accords d'entreprise conclus par les délégués syndicaux et les salariés mandatés, car leur présence est en recul¹⁸⁹⁹. Dans 41% des entreprises à l'effectif compris entre 50 et 99 salariés, il n'y a pas de délégué syndical. Lorsque l'effectif est compris entre 100 et 199 salariés, ce chiffre monte à 36%¹⁹⁰⁰. L'absence de représentation syndicale au niveau de l'entreprise requiert de trouver un interlocuteur substitutif de négociation avec l'employeur. Le comité social et économique apparaît comme l'interlocuteur privilégié (**Section 1**).

297. Une entrée en négociation indirecte. Le comité social et économique négocie aussi ponctuellement dans l'entreprise dans les rares cas où il dispose d'un droit de veto sur la décision de l'employeur. Lorsqu'il appose son veto, l'employeur peut souhaiter abandonner son projet de décision. Il peut aussi vouloir le maintenir. Pour surmonter l'opposition du comité social et économique, l'employeur est contraint de négocier avec lui. Le comité social et économique entre, par le biais du veto, dans la négociation sur la décision (**Section 2**).

¹⁸⁹⁴ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2017*, Bilans et rapports, 2018, p. 605.

¹⁸⁹⁵ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2018*, Bilans et rapports, 2019, p. 210.

¹⁸⁹⁶ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2019*, Bilans et rapports, 2020, p. 216.

¹⁸⁹⁷ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2020*, Bilans et rapports, 2021, p. 210.

¹⁸⁹⁸ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2021*, Bilans et rapports, 2022, p. 219.

¹⁸⁹⁹ Les délégués syndicaux et les salariés mandatés par une organisation syndicale représentative concluaient 52,6% des accords d'entreprise en 2017 (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2017*, Bilans et rapports, 2018, p. 210), 51,7% en 2018 (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2018*, Bilans et rapports, 2019, p. 216), 45,9% en 2019 (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2019*, Bilans et rapports, 2020, p. 210) et 40,1% en 2020 (MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2020*, Bilans et rapports, 2021, p. 605).

¹⁹⁰⁰ F. ROMANS, « Les relations professionnelles en 2017 : un panorama contrasté du dialogue social dans les établissements ? », *DARES Analyses* 2018, n° 15, p. 2.

Section 1. La négociation soumise à l'absence de représentation syndicale

298. Le comité social et économique accède à la négociation collective lorsque la représentation syndicale fait défaut dans l'entreprise (§1). L'objet de la négociation conduite avec lui reste toutefois partiellement limité (§2).

§1. La diversification des agents substitutifs de négociation collective

299. Le recul de la présence syndicale dans l'entreprise a entraîné la diversification des acteurs de la négociation collective. La reconnaissance de la capacité de négociation du comité social et économique a eu lieu progressivement (I). Longtemps sous contrôle syndical, la négociation collective substitutive s'affranchit aujourd'hui dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Ce contrôle demeure cependant dans les entreprises à l'effectif supérieur (II).

I. Une reconnaissance progressive

300. Une reconnaissance à tâtons. L'absence de délégué syndical dans l'entreprise a longtemps paralysé la négociation collective¹⁹⁰¹. Pour la rendre possible, une diversification de ses acteurs a eu lieu¹⁹⁰². La loi du 12 novembre 1996 a d'abord permis à un accord de branche de prévoir la conclusion d'accords d'entreprise avec les représentants élus du comité social et économique ou des salariés mandatés par une organisation syndicale représentative¹⁹⁰³. Une loi a ensuite autorisé la conclusion

¹⁹⁰¹ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 845, p. 839 : « *La faiblesse syndicale dans les petites entreprises, est apparue comme un frein au développement, voire à l'existence même, de la négociation collective dans ces entreprises* ».

¹⁹⁰² A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539 : « *S'il est possible de se perdre dans le dédale de ces modifications souvent chirurgicales, un même dessein semble les animer : l'objectif était clairement de favoriser la conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de syndicats représentatifs* ».

¹⁹⁰³ L. n° 96-985 du 12 nov. 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, *JORF* n° 0264, 13 nov. 1996, texte n° 1.

d'accords de réduction du temps de travail avec des salariés mandatés, en l'absence d'accord de branche le prévoyant¹⁹⁰⁴. L'accord devait être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés¹⁹⁰⁵. En 2001, une position syndicale commune recommandait la négociation collective avec les élus du comité social et économique, assortie d'une validation des accords par une commission paritaire de branche¹⁹⁰⁶. En leur absence, il était proposé de négocier avec un salarié mandaté, l'accord devant faire l'objet d'une validation des salariés par référendum¹⁹⁰⁷. Le législateur entérina cette position syndicale commune en 2004¹⁹⁰⁸, en favorisant la négociation avec les élus du comité social et économique¹⁹⁰⁹. Le mandatement syndical n'intervenait qu'à titre subsidiaire, à défaut de comité¹⁹¹⁰. L'exigence d'un accord de branche habilitant les élus du comité à négocier a ensuite été supprimé par la loi du 20 août 2008¹⁹¹¹. L'action du législateur fut frénétique¹⁹¹², au point de favoriser l'instabilité et la complexité des

¹⁹⁰⁴ L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JORF* n° 0016, 20 janv. 2000, p. 975, texte n° 2.

¹⁹⁰⁵ F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

¹⁹⁰⁶ Position commune du 16 juill. 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

¹⁹⁰⁷ Position commune du 16 juill. 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

¹⁹⁰⁸ L. n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* n° 0105, 5 mai 2004, p. 7983, texte n° 1.

¹⁹⁰⁹ C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006, n° 296, p. 224 ; V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 260, p. 185.

¹⁹¹⁰ S. NADAL, *Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective*, Dalloz, 2019, n° 179.

¹⁹¹¹ L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194, 21 août 2008, texte n° 1.

¹⁹¹² F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT & G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022, n° 203, p. 195 et s.

dispositifs¹⁹¹³. Au terme de ces « *atermoiements législatifs* »¹⁹¹⁴, une clarification était la bienvenue¹⁹¹⁵.

301. Une tentative de clarification. La loi du 17 août 2015 a créé la figure de l' élu du comité social et économique mandaté. Elle a consacré un ordre de priorité dans l'accès à la négociation collective par les acteurs substitutifs. L' élu mandaté d'abord, l' élu non mandaté ensuite, le salarié mandaté enfin¹⁹¹⁶. L' accord conclu avec des élus mandatés était soumis à référendum auprès des salariés. L' accord conclu avec des élus non mandatés n' était valable que s' ils avaient obtenu la majorité des suffrages aux dernières élections professionnelles et s' il était validé par une commission paritaire de branche. Le contrôle syndical *a posteriori* demeurait avec cette validation par la commission paritaire de branche ; la loi du 8 août 2016 l' a remplacé par une simple information¹⁹¹⁷. À compter de cette loi, le comité social et économique devient négociateur d' accords collectifs hors de tout contrôle syndical *a priori* ou *a posteriori*¹⁹¹⁸. La suppression de l' information de la commission paritaire de branche consolide cette mise à l' écart du contrôle syndical sur la négociation collective substitutive¹⁹¹⁹.

¹⁹¹³ A. TEISSIER, « Le processus de conclusion d' un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1113 : « *Le régime de la négociation dérogatoire a connu de nombreuses modifications au cours de réformes successives, favorisant davantage son instabilité que son essor. Souvent considérée comme trop complexe ou peu lisible, la négociation dérogatoire peine à s' imposer* » ; F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033 : « *Les modes dérogatoires de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux peinent à trouver leur régime juridique, à en croire le nombre d' ajustements dont ils ont fait l' objet au gré de réformes qui se sont succédé à un rythme sans cesse plus rapide* ».

¹⁹¹⁴ F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

¹⁹¹⁵ Exposé des motifs, L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l' emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

¹⁹¹⁶ L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l' emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

¹⁹¹⁷ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184, 9 août 2016, texte n° 3.

¹⁹¹⁸ A. FABRE, « Les dynamiques de l' accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.

¹⁹¹⁹ Ord. n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JORF* n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 29.

II. Une priorité syndicale en recul

302. La liberté des petites entreprises. Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et quarante-neuf salariés, les accords d'entreprise peuvent être négociés, conclus et révisés par un salarié mandaté, élu ou non au comité social et économique, *ou* par un ou plusieurs de ses membres¹⁹²⁰. Salariés mandatés, élus du comité mandatés et non mandatés, sont placés sur un pied d'égalité. Aucune priorité ne s'impose à l'employeur dans le choix du négociateur salarié¹⁹²¹. Le mandatement syndical n'est plus le régime prioritaire¹⁹²². L'accord conclu par les élus du comité social et économique ne fait plus l'objet d'une validation des salariés par référendum¹⁹²³. Leur élection suffit à leur conférer la légitimité pour conclure un accord collectif¹⁹²⁴. Certains auteurs s'en réjouissent¹⁹²⁵. La négociation avec les élus du comité social et économique s'émancipe de tout contrôle syndical¹⁹²⁶. La négociation en est favorisée, car le formalisme est moins lourd et plus rapide¹⁹²⁷. Selon un auteur, les élus du comité social et économique ne peuvent toutefois être considérés comme

¹⁹²⁰ C. trav., art. L. 2232-23-1.

¹⁹²¹ C. MARIANO, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *BJT* 2020, n° 4, p. 44 : « De cette concurrence découle une liberté de choix, pour l'employeur, du négociateur salarié » ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 829, p. 631 ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1456, p. 1882 et s.

¹⁹²² A. SERVOUZE-MERCIER & S. MAYOUX, « Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182 : « Contrairement au régime antérieur, l'employeur n'a plus l'obligation de négocier en priorité avec les élus mandatés ».

¹⁹²³ F. PETIT, « Les modes dérogatoires de négociation collective », in *Droit social international et européen en mouvement, Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 405, spéc. p. 407.

¹⁹²⁴ F. GÉA, « Un renouveau de la négociation collective ? », in F. GÉA, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 21, spéc. p. 112 ; E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1008, p. 628.

¹⁹²⁵ Y. FERKANE, « L'extension de la qualification d'accord collectif de travail », *BJT* 2021, n° 11, p. 71 ; Adde B. TEYSSIÉ, « La représentation des salariés dans la négociation collective d'entreprise », *RIDC* 2006. 503 : « l'onction du suffrage universel vaut bien celle d'un syndicat... et l'aptitude d'un élu à négocier quelque accord n'est pas nécessairement moindre que celle d'un délégué syndical ou d'un salarié ordinaire, même mandaté par une organisation syndicale ».

¹⁹²⁶ B. BAUDUIN, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.* 2018. 682 ; V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 474, p. 277.

¹⁹²⁷ A. SERVOUZE-MERCIER & S. MAYOUX, « Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182 : « la signature avec les élus n'impliquant pas le référendum auprès du personnel, l'adoption d'un accord avec les seuls élus sera donc issue d'un formalisme moins lourd, et donc vraisemblablement plus rapide ».

des interlocuteurs privilégiés de l'employeur, car ils restent en concurrence avec les salariés mandatés¹⁹²⁸. L'employeur n'étant pas tenu d'informer les organisations syndicales de branche de sa décision d'engager une négociation dans l'entreprise, le mandatement syndical est pourtant illusoire¹⁹²⁹. Les élus du comité social et économique sont aujourd'hui les acteurs substitutifs de négociation collective privilégiés dans l'entreprise de moins de cinquante salariés¹⁹³⁰.

303. L'encadrement des grandes entreprises. La négociation collective substitutive dans les entreprises de plus de cinquante salariés est plus encadrée¹⁹³¹. L'employeur doit d'abord lancer un appel à candidatures au mandatement syndical avant d'envisager la négociation avec des élus du comité non mandatés au terme d'un délai d'un mois¹⁹³². La hiérarchie des négociateurs, abolie dans les entreprises de moins de cinquante salariés, renaît « *sans qu'on ne comprenne vraiment pourquoi* »¹⁹³³. La prééminence du mandatement syndical est rétablie malgré la lourdeur du processus¹⁹³⁴. L'accord signé par des élus du comité mandatés doit être validé par référendum à la majorité des salariés, contrairement à celui signé par des élus non mandatés¹⁹³⁵. Une même

¹⁹²⁸ C. MORIN, « Les modes alternatifs de négociation », *Dr. soc.* 2019. 409.

¹⁹²⁹ F. GÉA, « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2017. 997 : « *Comment, dans cette hypothèse, du reste, un mandatement pourrait-il intervenir, dès lors que l'employeur n'a pas ici d'obligation d'informer les organisations syndicales de sa décision d'engager des négociations ? La préservation apparente du mandatement paraît bien illusoire...* ».

¹⁹³⁰ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539 ; F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

¹⁹³¹ A. TEISSIER, « Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1113 ; G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1457, p. 1883 et s.

¹⁹³² C. trav., art. L. 2232-24, L. 2232-25 et L. 2232-25-1.

¹⁹³³ Y. FERKANE, « L'extension de la qualification d'accord collectif de travail », *BJT* 2021, n° 11, p. 71 ; F. PETIT, « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », *BJT* 2019, n° 12, p. 42.

¹⁹³⁴ A. SERVOUZE-MERCIER & S. MAYOUX, « Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182 : « *lorsque l'effectif est au moins égal à 50 salariés, demeure une certaine primauté syndicale qui se traduit par l'obligation, pour l'employeur, en amont de toute négociation, d'informer les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche, de sa volonté de négocier* » ; B. TEYSSIÉ, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1112 : « *La voie n'est ouverte à la négociation d'un contrat collectif avec des représentants du personnel non mandatés que si aucun des membres élus du comité social et économique n'a reçu mandat d'une organisation syndicale en vue de s'engager dans une telle négociation* ».

¹⁹³⁵ P. ADAM, « La négociation collective sans délégué syndical », in F. GÉA, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 119, spéc. p. 132.

organisation syndicale ne pouvant mandater qu'un seul salarié¹⁹³⁶, la négociation peut se dérouler entre un élu du comité mandaté et l'employeur, à l'exclusion d'autres élus du comité qui auraient souhaité négocier¹⁹³⁷. La jurisprudence du Conseil constitutionnel l'admettant volontiers, cette hiérarchie des négociateurs doit être abandonnée¹⁹³⁸.

304. Conclusion de paragraphe. La diversification des agents substitutifs de négociation collective a eu lieu tardivement. Un maintien du contrôle syndical *a priori* et *a posteriori* s'est d'abord maintenu. Ce contrôle a été écorné, ce qui a permis au comité social et économique de devenir le négociateur privilégié en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. L'encadrement de son intervention dans les entreprises de plus de cinquante salariés est toujours vivace, contrairement à celle dans les entreprises à l'effectif inférieur. Cette distinction selon l'effectif de l'entreprise est injustifiée. Une homogénéisation serait la bienvenue.

§2. La diversification de l'objet de la négociation collective substitutive

305. La négociation collective substitutive a d'abord été cantonnée aux seules mesures dont la mise en œuvre était subordonnée par la loi à un accord collectif (I). Ce cantonnement de l'objet de la négociation collective substitutive, désormais partiellement maintenu, apparaît suranné (II).

¹⁹³⁶ C. trav., art. L. 2232-24, al. 1.

¹⁹³⁷ B. TEYSSIÉ, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1112 : « Une organisation syndicale ne pouvant donner mandat qu'à un seul salarié, la voie est ouverte à une négociation conduite par le chef d'entreprise avec un seul représentant du personnel ».

¹⁹³⁸ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 14, *D.* 2018. 2203, obs. P. Lokiec ; *RDT* 2018. 666, obs. V. Champeil-Desplats ; *Cah. soc.* 2018, n° 306, p. 184 ; *JCP S* 2018. 1181, note C.-A. Célénice ; *SSL* 2018, n° 1809, p. 2, obs. M. Caro.

I. Un cantonnement historique

306. L'objet variable de la négociation selon l'effectif de l'entreprise. L'objet de la négociation collective substitutive a longtemps été cantonné aux seules mesures dont la mise en œuvre était subordonnée par la loi à un accord collectif¹⁹³⁹. La restriction a été successivement levée pour les élus du comité mandatés¹⁹⁴⁰, ainsi que pour les salariés non élus mandatés¹⁹⁴¹. Le champ matériel de la négociation collective substitutive a progressivement rejoint celui de la négociation collective classique¹⁹⁴². Aujourd'hui, les élus du comité non mandatés dans les entreprises de plus de cinquante salariés sont les seuls acteurs substitutifs de négociation à subir une délimitation de son objet¹⁹⁴³. Celle-ci est toujours limitée aux mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif¹⁹⁴⁴. La formule renvoie principalement aux dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail¹⁹⁴⁵ et aux mesures qui relèvent exclusivement de la négociation, sans autre alternative¹⁹⁴⁶. Le champ de la

¹⁹³⁹ L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194, 21 août 2008, texte n° 1.

¹⁹⁴⁰ L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

¹⁹⁴¹ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184, 9 août 2016, texte n° 3.

¹⁹⁴² A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.

¹⁹⁴³ G. VACHET, *JurisClasseur Travail Traité. Négociation. Convention et accord collectif - Conclusion*, Fasc. 1-32, LexisNexis, 2022, n° 193 ; A. TEISSIER, « Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1113 ; S. NADAL & I. ODOUL-ASOREY, *Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions*, Dalloz, 2022, n° 34 ; S. BÉAL & M. MARGUERITE, « Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2017. 1398 : « *il faut relever que le champ de négociation avec un élu non mandaté dans les entreprises d'au moins 50 salariés reste restreint puisqu'il vise uniquement les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif. C'est la seule hypothèse dans laquelle le champ de la négociation selon un mode dérogatoire est limité tout seuil d'effectif confondu* ».

¹⁹⁴⁴ C. trav., art. L. 2232-25.

¹⁹⁴⁵ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 832, p. 632 : « *La loi vise par exemple les accords mettant en place des conventions de forfait en heures ou en jours sur l'année, les accords portant sur les heures complémentaires effectuées par les salariés à temps partiel, etc.* » ; G. VACHET, *JurisClasseur Travail Traité. Négociation. Convention et accord collectif - Qualification. Nature juridique*, Fasc. 1-30, LexisNexis, 2021, n° 56.

¹⁹⁴⁶ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 1084, p. 994 ; F. PETIT, « Les modes dérogatoires de négociation collective », in *Droit social international et européen en mouvement, Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 405, spéc. p. 410 ; J. ICARD, « La négociation collective d'entreprise après la loi "Travail" », *RJS* 2017. 362 ; *Comp. M. MORAND*, « La négociation avec les élus dans la loi Rebsamen », *RJS* 2016. 497.

négociation collective du nouveau triptyque du code du travail est aussi ouvert malgré l'existence des dispositions supplétives¹⁹⁴⁷. Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et quarante-neuf salariés, la négociation collective substitutive n'implique aucune restriction quant à son objet¹⁹⁴⁸. La négociation peut porter sur tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise, y compris lorsqu'elle a lieu avec les élus du comité non mandatés¹⁹⁴⁹. Cantonner l'objet de la négociation avec les seuls élus du comité non mandatés, seulement dans les entreprises de plus de cinquante salariés, apparaît suranné.

II. Un cantonnement suranné

307. Le cantonnement contre-productif de l'objet de la négociation. Selon certains auteurs, le cantonnement de l'objet de la négociation avec les élus du comité non mandatés, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, n'est pas un frein à la négociation¹⁹⁵⁰. Pour d'autres, ce cantonnement les empêche d'accéder aux espaces de négociation non définis par le code du travail, ou définis de manière trop générale¹⁹⁵¹. Les accords d'entreprise primant l'accord de branche sur le fondement de l'article L. 2253-3 du Code du travail sont concernés¹⁹⁵². Le cantonnement de l'objet de la négociation prive aussi les élus du comité non mandatés de la possibilité de négocier

¹⁹⁴⁷ G. BÉLIER, H.-J. LEGRAND & A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective. Acteurs et accords*, 6^e éd., Wolters Kluwer, 2018, n° 341, p. 419 ; J.-B. COTTIN, « Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron », *Cah. DRH* 2018, n° 254, p. 25 ; F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033 ; Adde A. MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. soc.* 2009. 669.

¹⁹⁴⁸ Y. FERKANE, « Le CSE comme agent de la négociation collective », *Dr. ouvr.* 2020. 595 : « *La délégation élue du comité social et économique peut ainsi négocier sur les mêmes objets que n'importe quel délégué syndical* » ; S. NADAL, *Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective*, Dalloz, 2019, n° 186.

¹⁹⁴⁹ C. trav., art. L. 2232-23-1.

¹⁹⁵⁰ S. NADAL & I. ODOUL-ASOREY, *Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions*, Dalloz, 2022, n° 37.

¹⁹⁵¹ C. MARIANO, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *BJT* 2020, n° 4, p. 44.

¹⁹⁵² C. MARIANO, *La négociation substitutive d'entreprise*, Thèse, Montpellier, 2018, n° 103, p. 141 ; Contra B. TEYSSIÉ, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1112 : « *rien n'exclut que les représentants du personnel concluent un accord dérogeant aux dispositions de la convention de branche applicable à l'entreprise dans les conditions fixées par l'article L. 2253-3 du Code du travail* » ; B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023, n° 2155, p. 981.

in melius les dispositions légales¹⁹⁵³. Le salarié mandaté ne supportant aucune restriction quant à l'objet de la négociation, l'employeur est parfois contraint de le privilégier, selon le thème de la négociation projetée¹⁹⁵⁴. L'ordre de priorité dans l'accès à la négociation collective des acteurs substitutifs est bousculé¹⁹⁵⁵. C'est pourquoi, la suppression du cantonnement de l'objet de la négociation collective substitutive est souhaitable¹⁹⁵⁶. Il nuit à son plein déploiement¹⁹⁵⁷.

308. Conclusion de paragraphe. Le cantonnement historique de l'objet de la négociation collective substitutive a progressivement été levé. Ce dernier demeure en une seule hypothèse : lorsque la négociation est conduite avec les élus du comité social et économique non mandatés, dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Ce cantonnement altère l'accès des élus du comité non mandatés à la négociation collective substitutive. Il devrait être supprimé, faute de pouvoir être justifié.

¹⁹⁵³ E. PESKINE & C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023, n° 1011, p. 628 : « *Interprété a contrario le texte laisse même entendre que le recours aux élus non mandatés est exclu pour que soit conclue une convention collective "classique", ayant pour objet la création d'avantages* » ; F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

¹⁹⁵⁴ C. MARIANO, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *BJT* 2020, n° 4, p. 44 : « *la mention, dans l'offre de négociation patronale, d'un ou plusieurs thèmes débordant du champ des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif devrait permettre à l'employeur de recourir à l'échelon subsidiaire des salariés mandatés malgré le souhait d'entrer en négociation émanant d'élus non mandatés pouvant considérés comme primant sur le mandatement syndical "ordinaire"* ».

¹⁹⁵⁵ F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033 : « *L'ouverture de tous les thèmes de négociation à tous les interlocuteurs est souhaitable car elle facilite l'accès à la négociation, en la simplifiant : nul besoin de se demander si la négociation porte sur des "mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif" ; possibilité de mêler, comme c'est le cas en pratique, dérogation et amélioration, etc.* ».

¹⁹⁵⁶ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 1084, p. 995 : « *Cette restriction du champ de la négociation exprime une défiance à l'égard des élus au comité social et économique qui n'est pas fondée. Il serait temps de la supprimer* » ; V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018, n° 492, p. 286 : « *En l'état, le maintien de cette restriction sibylline contribue à alimenter les critiques adressées à la négociation dérogatoire en raison de la difficulté à l'appréhender. Elle mérite d'être abandonnée, d'autant qu'elle ne concerne désormais que les entreprises d'au moins cinquante salariés, et uniquement en cas de négociation menée avec des élus non mandatés. Au regard de la pleine capacité normative des représentants élus du personnel, il n'est guère pertinent de maintenir une distinction entre les élus non mandatés présents dans les entreprises de moins de cinquante salariés et ceux en fonction dans les entreprises d'au moins cinquante salariés : la solution actuelle aboutit à ce que les élus du comité social et économique dans les entreprises de moins de cinquante salariés disposent d'une capacité normative plus sûre que celle des élus au comité social et économique constitué dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lequel dispose pourtant du support légal de la personnalité juridique* ».

¹⁹⁵⁷ F. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

309. Conclusion de section. Le comité social et économique intervient désormais dans la négociation collective d'entreprise lorsque la représentation syndicale fait défaut. Sa participation par la négociation est assurée par ce biais. Cependant, tant par la hiérarchisation des acteurs substitutifs de négociation, que par le cantonnement de l'objet de celle-ci, les élus du comité non mandatés dans les entreprises de plus de cinquante salariés voient leur participation limitée. Ces barrières doivent être levées, car elles ne sont plus justifiées.

Section 2. La négociation soumise à l'apposition d'un veto à la décision

310. La négociation par le comité social et économique est parfois soumise à l'apposition de son veto sur un projet de décision de l'employeur. Le veto ouvre un espace de discussion, lequel s'apparente à l'embryon d'une négociation sur la décision (§1). Cette fonction sous-jacente du veto du comité social et économique a conduit une partie de la doctrine à envisager une extension de son champ d'application (§2).

§1. L'embryon d'une négociation sur la décision

311. Le comité social et économique n'est pas codécisionnaire avec l'employeur ; ce dernier demeure le seul titulaire du pouvoir de décision dans l'entreprise. De manière exceptionnelle, le législateur impose toutefois à l'employeur de recueillir, au stade de l'information-consultation du comité social et économique, un avis conforme ou une absence d'opposition à son projet de décision (I). Dépasser l'éventuelle opposition du comité social et économique implique pour l'employeur d'ouvrir un espace de négociation sur la décision (II).

I. Le caractère exceptionnel du veto

312. De Rome au code du travail. À Rome, *veto* est la formule utilisée par les tribuns du peuple pour s'opposer à un décret du Sénat¹⁹⁵⁸. Première personne du singulier de l'indicatif présent du verbe *vetare*, *veto* signifie en latin « *je m'oppose, j'interdis* »¹⁹⁵⁹. Le veto est l'acte par lequel un individu ou un organe s'oppose temporairement ou définitivement à la décision d'autrui¹⁹⁶⁰. La participation du comité social et économique à travers l'information-consultation est étrangère à cette définition. L'employeur n'est classiquement pas lié par l'avis rendu par le comité social et économique¹⁹⁶¹. Dans de rares hypothèses, une faculté d'opposition au projet de décision de l'employeur lui est toutefois reconnue¹⁹⁶². La loi n'emploie pas la terminologie de veto, mais celle d'« *avis conforme* »¹⁹⁶³, ou subordonne la décision de

¹⁹⁵⁸ A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 3, Le Robert, 2006, p. 4052, v° *Veto* : « *Veto, terme d'histoire romaine, se dit du droit des tribuns romains de s'opposer à des décrets du Sénat, des consuls* ».

¹⁹⁵⁹ TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISÉ (TLFi), v° *Veto* ; C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n° 6038, p. 1100.

¹⁹⁶⁰ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Veto* : « *Acte par lequel un individu ou un organe s'oppose temporairement ou définitivement à l'entrée en vigueur d'une décision d'un autre individu ou d'un autre organe* ».

¹⁹⁶¹ M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 973, p. 738 ; M. VÉRICEL, « Le comité social et économique et l'urgence », *RJS* 2020. 879.

¹⁹⁶² P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022, n° 888, p. 832 ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 308, p. 210 : « *S'il est ainsi possible d'affirmer que le comité dispose d'un droit de veto, il est abusif de penser que celui-ci est représentatif du degré d'intensité de ses prérogatives économiques. Il ne peut d'ailleurs être mobilisé que dans de rares hypothèses qui n'impactent généralement que très faiblement l'ordonnancement du rapport d'emploi* » ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 880, p. 877 : « *Le droit s'intéresse à la procédure de consultation, non à son résultat. Cette démarche strictement procédurale reçoit exception dans les rares cas de droit de veto du comité* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.541, p. 784 : « *Cette possibilité de blocage, qui ne correspond pas à l'esprit dans lequel est conçue la consultation des représentants du personnel en droit français, ne peut qu'être exceptionnelle* ».

¹⁹⁶³ C. trav., art. L. 2145-11, al. 1 : « *Le congé de formation économique, sociale et environnementale et de formation syndicale est de droit, sauf dans le cas où l'employeur estime, après avis conforme du comité social et économique, que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise* » (nous soulignons) ; C. trav., art. L. 3121-48, al. 1 : « *L'employeur peut, à la demande de certains salariés, mettre en place un dispositif d'horaires individualisés permettant un report d'heures d'une semaine à une autre, dans les limites et selon les modalités définies aux articles L. 3121-51 et L. 3121-52, après avis conforme du comité social et économique. Dans ce cadre, et par dérogation à l'article L. 3121-29, les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine au delà de la durée hebdomadaire légale ou conventionnelle ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires, pourvu qu'elles résultent d'un libre choix du salarié* » (nous soulignons).

l'employeur à « *l'absence d'opposition du comité social et économique* »¹⁹⁶⁴ ou à son « *accord* »¹⁹⁶⁵. Il s'agit tantôt de recueillir son avis favorable, tantôt de ne pas recueillir un avis défavorable¹⁹⁶⁶. En dépit des formules utilisées, les auteurs s'accordent à qualifier ces hypothèses de droits de veto du comité social et économique¹⁹⁶⁷. Ceux-ci sont représentatifs d'un balbutiement de codécision dans l'entreprise¹⁹⁶⁸, laquelle constitue la forme de participation du comité social et économique « *la plus poussée* »¹⁹⁶⁹.

313. L'éclatement des thèmes soumis au droit de veto. Les droits de veto du comité social et économique ne concernent cependant que des décisions à la portée

¹⁹⁶⁴ C. rur., art. R. 713-2, al. 1 et 2 : « *La répartition par l'employeur de la durée légale du travail sur la semaine est effectuée après consultation du comité social et économique, s'il existe. La répartition sur quatre jours ou quatre jours et demi ne peut être effectuée qu'en l'absence d'opposition du comité social et économique, s'il existe et après information de l'agent de contrôle de l'inspection du travail* » (nous soulignons) ; Adde C. trav., art. R. 2312-42.

¹⁹⁶⁵ C. trav., art. R. 4623-5 : « *Le médecin du travail est nommé et affecté avec l'accord du comité social et économique ou, dans les services de prévention et de santé au travail interentreprises, avec l'accord du comité interentreprises ou de la commission de contrôle, ainsi que du conseil d'administration* » (nous soulignons).

¹⁹⁶⁶ M. MORAND, *JurisClasseur Travail Traité. Temps de travail - Organisation*, Fasc. 21-12, LexisNexis, 2020, n° 66 : « *cette intervention ne saurait se limiter à un simple avis dans le cadre d'une consultation préalable à une décision unilatérale de l'employeur. Il n'est sans doute pas nécessaire que le comité social et économique donne son accord mais il est indispensable qu'il ne manifeste pas d'opposition de façon explicite* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.541, p. 784 : « *si l'employeur peut en principe passer outre un avis défavorable, certains textes exigent parfois un avis "conforme" du comité social et économique, ce qui doit être compris comme impliquant un avis favorable ou, plus exactement, une absence d'avis défavorable* ».

¹⁹⁶⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD & E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023, n° 1273, p. 1661 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 975, p. 740 : « *Dans quelques cas particuliers, le comité social et économique dispose d'un droit d'opposition, auquel l'employeur ne peut passer outre, et qui s'apparente à un droit de veto. Il en est ainsi lorsqu'un texte utilise une formule impérative telle que "après avis conforme du comité", ou "sous réserve que le comité ne s'y soit pas opposé", ou "en l'absence d'opposition du comité", ou "sauf opposition du comité"* ».

¹⁹⁶⁸ C. SACHS-DURAND, « *Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française* », *SSL* 1993, n° 658, p. 4 : « *Appliquée à l'entreprise, la codécision se traduit juridiquement par l'existence d'un droit de veto, ou l'exigence d'un avis conforme des institutions représentatives, susceptibles de bloquer un acte de gestion de l'entreprise envisagé par l'employeur* ».

¹⁹⁶⁹ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 547, p. 371 : « *L'avis conforme constitue la forme de participation des salariés à la gestion de l'entreprise la plus poussée. L'employeur est privé de son pouvoir unilatéral et doit nécessairement s'accorder avec le comité d'entreprise. Cette compétence présente un degré de participation supérieure à la négociation collective, laquelle se résout généralement à une obligation de négocier, et non de conclure, qui en cas d'échec des négociations ouvre la voie à l'action unilatérale de l'employeur* ».

dérisoire¹⁹⁷⁰. En matière de santé, le veto du comité social et économique existe pour la nomination du médecin du travail¹⁹⁷¹, celle du conseiller du travail et le maintien dans ses fonctions¹⁹⁷², ainsi que pour le choix de l'employeur s'agissant de la forme du service de prévention et de santé au travail¹⁹⁷³. Pour l'organisation du temps de travail, le veto intervient pour la mise en place d'horaires individualisés¹⁹⁷⁴ et pour le remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur¹⁹⁷⁵. S'agissant des congés, il est admis lorsque l'employeur refuse d'accorder une autorisation d'absence à un salarié pour suivre un stage de formation économique, sociale, syndicale et environnementale¹⁹⁷⁶, ou lui refuse la possibilité d'un congé pour participer aux réunions d'associations familiales dont il est le représentant¹⁹⁷⁷. Le

¹⁹⁷⁰ P. LOKIEC, « Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2016. 502 ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 227, p. 156 : « Ces prérogatives sont attachées à des objets bien définis mais généralement dérisoires au regard de l'importance d'autres objets appréhendés par le comité d'entreprise sous la forme d'une simple consultation ».

¹⁹⁷¹ C. trav., art. R. 4623-5 : « Le médecin du travail est nommé et affecté avec l'accord du comité social et économique ou, dans les services de prévention et de santé au travail interentreprises, avec l'accord du comité interentreprises ou de la commission de contrôle, ainsi que du conseil d'administration ».

¹⁹⁷² C. trav., art. D. 4632-5, al. 1 : « Le conseiller du travail est désigné et maintenu en fonction après accord, selon le cas, entre l'employeur et le comité social et économique ou entre les employeurs et le comité interentreprises ».

¹⁹⁷³ C. trav., art. D. 4622-2 : « Lorsque, pour organiser le service de prévention et de santé au travail, l'entreprise a le choix entre les deux formes de service prévues à l'article D. 4622-1, ce choix est fait par l'employeur. Le comité social et économique préalablement consulté peut s'opposer à cette décision. L'opposition est motivée ».

¹⁹⁷⁴ C. trav., art. L. 3121-48, al. 1 : « L'employeur peut, à la demande de certains salariés, mettre en place un dispositif d'horaires individualisés permettant un report d'heures d'une semaine à une autre, dans les limites et selon les modalités définies aux articles L. 3121-51 et L. 3121-52, après avis conforme du comité social et économique. Dans ce cadre, et par dérogation à l'article L. 3121-29, les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine au delà de la durée hebdomadaire légale ou conventionnelle ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires, pourvu qu'elles résultent d'un libre choix du salarié ».

¹⁹⁷⁵ C. trav., art. L. 3121-37, al. 1 : « Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent peut être mis en place par l'employeur à condition que le comité social et économique, s'il existe, ne s'y oppose pas ».

¹⁹⁷⁶ C. trav., art. L. 2145-11, al. 1 : « Le congé de formation économique, sociale et environnementale et de formation syndicale est de droit, sauf dans le cas où l'employeur estime, après avis conforme du comité social et économique, que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise ».

¹⁹⁷⁷ CASF, art. L. 211-13, al. 1 et 2 : « Lorsqu'un salarié est désigné pour assurer la représentation d'associations familiales par application de dispositions législatives ou réglementaires, son employeur est tenu de lui laisser le temps nécessaire pour se rendre et participer aux réunions où il doit assurer cette représentation. Cette autorisation d'absence ne peut être refusée par l'employeur que dans le cas où il estime, après avis conforme du comité d'entreprise ou, s'il n'en existe pas, des délégués du personnel, que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise. La durée maximale annuelle d'absence par salarié est fixée par voie réglementaire ».

comité social et économique peut aussi exercer son droit de veto à l'encontre de l'employeur qui souhaite opter unilatéralement pour la déduction forfaitaire spécifique pour frais professionnels¹⁹⁷⁸. Hormis la nécessité d'un avis favorable pour proposer des mesures de reclassement interne avant l'expiration du délai de consultation du comité social et économique sur un licenciement collectif pour motif économique¹⁹⁷⁹, ses droits de veto ne concernent ses attributions économiques qu'à la marge¹⁹⁸⁰. Malgré ces objets disparates, la force du veto est de permettre l'ouverture d'un espace de discussion supplémentaire avec l'employeur, lequel peut s'apparenter à une négociation sur la décision¹⁹⁸¹.

II. L'ouverture d'une négociation avec l'employeur

314. Le veto comme suggestion d'une entrée en négociation. Le droit de veto du comité social et économique est d'une intensité supérieure à sa simple consultation, car l'employeur est tenu par son avis¹⁹⁸². Il est souvent présenté comme une seule faculté de blocage de la décision de l'employeur¹⁹⁸³. Le comité social et économique ne serait

¹⁹⁷⁸ Cass. 2^e civ., 19 déc. 2013, n° 12-13.393 ; BOSS-FP-2180 : « *L'employeur peut opter pour la déduction forfaitaire spécifique pour frais professionnels lorsqu'une convention collective ou un accord collectif du travail l'a explicitement prévue ou lorsque, par tout moyen, le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou le comité social et économique ont donné leur accord* ».

¹⁹⁷⁹ C. trav., art. L. 1233-45-1 : « *Dans les entreprises de cinquante salariés ou plus, l'employeur peut, après avis favorable du comité social et économique, proposer des mesures de reclassement interne avant l'expiration du délai mentionné à l'article L. 1233-30* ».

¹⁹⁸⁰ F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 547, p. 371 : « *Les décisions de l'employeur requérant l'avis conforme du comité d'entreprise sont néanmoins rares et en marge du rôle économique du comité d'entreprise. Aucune des hypothèses légales exigeant l'avis conforme du comité d'entreprise n'appréhendent en effet les choix de gestion économique de l'employeur. Ceux-ci sont captés par la seule procédure de consultation dont l'avis ne lie pas l'employeur : autrement dit, si l'employeur doit satisfaire aux exigences procédurales d'un débat, il n'est pas tenu par la position de son interlocuteur* » (nous soulignons).

¹⁹⁸¹ C. SACHS-DURAND, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4 : « *si on analyse ce qui se passe dans l'exercice d'un pouvoir de codécision, ne s'agit-il pas en réalité d'une forme de négociation en vue d'aboutir à un accord ?* ».

¹⁹⁸² F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 16, p. 23 : « *Le droit de veto présente un degré supérieur de participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise que le droit à la consultation* ».

¹⁹⁸³ E. DURLACH, F. LELLOUCHE & M. LÉON, « Repenser l'entreprise », *RDT* 2018. 21 ; F. JOUBERT, *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011, n° 16, p. 23 : « *il n'octroie pas à son détenteur la capacité de décider, soit de se substituer en partie ou totalement au pouvoir décisionnel de l'employeur. Il constitue d'avantage une capacité de blocage* ».

pas « *co-décisionnaire* »¹⁹⁸⁴ avec lui¹⁹⁸⁵. Sauf à estimer que le veto constitue un refus formel à une discussion quelconque¹⁹⁸⁶, il s'apparente davantage à l'embryon d'une négociation¹⁹⁸⁷. Face au veto du comité social et économique, l'employeur qui souhaite poursuivre le processus décisionnel est contraint d'entrer en négociation avec lui, pour dépasser son opposition à la décision¹⁹⁸⁸. Le veto du comité social et économique est « *l'antichambre de la négociation* »¹⁹⁸⁹. L'entrée en négociation est évidente lorsque la loi oblige le comité social et économique à motiver son opposition à la décision¹⁹⁹⁰. Sa motivation consistera en l'établissement d'un argumentaire assorti, le cas échéant, de

¹⁹⁸⁴ G. LOISEAU, « L'avis conforme du CSE », note ss. CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/07481, *Cah. soc.* 2018, n° 309, p. 346.

¹⁹⁸⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PÉCAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT & Y. STRUILLOU, *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023, n° 432.541, p. 784 : « *la procédure d'avis conforme ne fait pas de l'instance représentative du personnel un co-décisionnaire avec l'employeur. La décision est celle de l'employeur mais l'instance a la faculté, lorsqu'elle est consultée à son propos, d'en bloquer la mise en œuvre en s'y opposant* ».

¹⁹⁸⁶ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, 2023, v° *Veto*.

¹⁹⁸⁷ R. VATINET, « La négociation au sein du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1982. 675 : « *Il est vrai qu'il existe en pratique une différence relativement nette entre un droit de veto et un droit de négociation, puisque le premier n'est que le droit de s'opposer purement et simplement à l'adoption d'une décision. De fait, certains comités utiliseraient peut-être leurs droits de veto éventuels d'une manière systématique pour retarder autant que faire se peut l'adoption de projets de la direction. Mais d'autres, au contraire, pourraient être tentés de jouer le jeu en subordonnant leur accord à l'octroi de certaines concessions. De la même façon, certains chefs d'entreprise seraient sans doute amenés à la recherche de compromis. Des pratiques de négociation en résulteraient donc nécessairement, qui pourraient parfois échapper au contrôle des organisations syndicales* » (nous soulignons).

¹⁹⁸⁸ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285 : « *Une prérogative comme un droit d'opposition constitue, à n'en pas douter, un puissant adjuvant de la négociation, car il signale les efforts qui doivent être accomplis du côté de l'employeur, pour éviter précisément l'opposition. Peut-être la prérogative dont il est ici question est-elle mal nommée, car sous le terme d'opposition elle ne marque pas assez son inscription dans un processus de négociation* » ; G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227.

¹⁹⁸⁹ D. WEISS, « Participation aux décisions et négociation collective », *Relations Industrielles* 1975, n° 4, p. 571 ; C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 45 : « *il s'agit moins d'un strict droit de veto que d'une invitation faite à l'employeur de revoir sa copie et s'engager dans un processus de codécision* ».

¹⁹⁹⁰ C. trav., art. D. 4622-2 : « *Lorsque, pour organiser le service de prévention et de santé au travail, l'entreprise a le choix entre les deux formes de service prévues à l'article D. 4622-1, ce choix est fait par l'employeur. Le comité social et économique préalablement consulté peut s'opposer à cette décision. L'opposition est motivée* » (nous soulignons).

propositions¹⁹⁹¹. Le veto du comité social et économique mutera vers une négociation ponctuée par un compromis sur la décision, ou le maintien du veto¹⁹⁹².

315. L'ancien veto suspensif avec saisine d'un médiateur. L'entrée en négociation était aussi patente lorsque le législateur reconnaissait un droit de veto suspensif au comité social et économique¹⁹⁹³. Celui-ci était circonscrit aux projets de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins cent emplois, s'il subsistait une divergence importante entre le projet présenté par l'employeur et la ou les propositions alternatives présentées par le comité social et économique¹⁹⁹⁴. L'ancien article L. 432-1 du Code du travail assortissait ce droit d'opposition du comité social et économique de la saisine d'un médiateur¹⁹⁹⁵. Pendant la durée de sa mission, le projet de décision de l'employeur était suspendu¹⁹⁹⁶. Le médiateur était choisi par accord entre l'employeur et le comité social et économique et, à défaut, par le président du tribunal de grande instance statuant en urgence¹⁹⁹⁷. La durée de la mission était fixée par les parties et, à défaut, ne pouvait excéder un mois¹⁹⁹⁸. Après recueillement des propositions de l'employeur et du comité social et économique, le médiateur était

¹⁹⁹¹ C. SACHS-DURAND, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4 : « Une discussion peut alors s'engager, au cours de laquelle les représentants du personnel donnent leur point de vue et font, le cas échéant, des propositions ».

¹⁹⁹² V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 104, p. 88 : « sauf à considérer que le comité, par ce veto, aurait la seule faculté de censurer un acte unilatéral, on peut supposer que le dialogue qui s'en suivrait, aux fins d'aboutir à une décision satisfaisant les parties, tendrait plus vers une sorte de négociation » ; C. SACHS-DURAND, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4 : « Le débat conduit soit à un compromis, soit à un accord sur les positions de l'une ou l'autre partie, soit à un constat d'échec ».

¹⁹⁹³ L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, art. 101, *JORF* n° 0015, 18 janv. 2002, p. 1008, texte n° 1.

¹⁹⁹⁴ C. trav., art. L. 432-1-3, anc.

¹⁹⁹⁵ C. trav., art. L. 432-1, al. 2 et 3, anc. : « Le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur tout projet de restructuration et de compression des effectifs. Il émet un avis sur ledit projet et sur ses modalités d'application et peut formuler des propositions alternatives à ce projet. Cet avis et les éventuelles propositions alternatives sont transmis à l'autorité administrative compétente. Le comité d'entreprise dispose d'un droit d'opposition qui se traduit par la saisine d'un médiateur selon les modalités prévues à l'article L. 432-1-3. Pendant la durée de la mission du médiateur, le projet en question est suspendu » (nous soulignons).

¹⁹⁹⁶ V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 335, p. 235 et s.

¹⁹⁹⁷ C. trav., art. L. 432-1-3, anc.

¹⁹⁹⁸ C. trav., art. L. 432-1-3, anc.

chargé de « *rapprocher leurs points de vue* »¹⁹⁹⁹ et de formuler une recommandation. En cas d'acceptation, elle emportait les effets juridique d'un accord collectif²⁰⁰⁰. Avec l'aide du médiateur, le veto du comité social et économique ouvrait un espace de négociation avec l'employeur. Néanmoins, les parties n'étant pas tenues d'accepter la recommandation du médiateur, la codécision pouvait n'être qu'apparente²⁰⁰¹. À défaut d'acceptation de la recommandation, l'employeur recouvrait son pouvoir décisionnel, sous réserve de poursuivre la procédure de consultation du comité social et économique sur le licenciement collectif pour motif économique²⁰⁰². Le veto du comité social et économique pouvait ne conduire qu'à retarder la décision de l'employeur, plutôt qu'à favoriser sa participation²⁰⁰³.

316. Conclusion de paragraphe. Le droit de veto du comité social et économique est exceptionnel. Il concerne des objets divers, lesquels ne touchent ses attributions économiques qu'à la marge. Sa puissance réside dans la fonction sous-jacente de son exercice. L'employeur qui souhaite poursuivre le processus décisionnel est sommé d'entrer en négociation avec le comité social et économique aux fins d'aboutir à un accord sur la décision projetée. Cette fonction d'envergure invite à l'élargissement du champ d'application du veto du comité social et économique.

¹⁹⁹⁹ C. trav., art. L. 432-1-3, anc.

²⁰⁰⁰ Circ. DGEFP/DRT/DSS n° 2002/1 du 5 mai 2002 relative à la mise en œuvre des articles 93 à 123 de la loi de modernisation sociale (volet licenciement pour motif économique), II, E, pt. 7 ; S. NIEL, « Le comité d'entreprise entre dans la co-décision », *SSL* 2002, n° 1073, p. 9 : « *l'acceptation par la direction et le comité des recommandations du médiateur entraîne les mêmes conséquences que celles attachées à la conclusion d'un accord collectif* ».

²⁰⁰¹ J. GRANGÉ, « Comité d'entreprise, annonces publiques et restructurations », *Dr. soc.* 2002. 704 ; V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 337, p. 237 : « *La décision finale appartenait donc, finalement, toujours au dirigeant de l'entreprise, de façon unilatérale. S'il refusait la recommandation proposée par le médiateur, la technique nouvelle du droit d'opposition n'aurait eu pour effet que de retarder mais non d'empêcher la réalisation d'un projet voulu par lui. A défaut d'acceptation commune, la procédure devait alors reprendre son cours* ».

²⁰⁰² M. COHEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002. 298 : « *Si la recommandation du médiateur n'est pas acceptée par l'employeur et le comité, la direction de l'entreprise prend librement sa décision* ».

²⁰⁰³ R. VATINET, « De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2002. 286.

§2. L'extension d'une négociation sur la décision

317. Le législateur n'a cessé de renforcer le rôle du comité social et économique sans lui reconnaître un droit de veto étendu²⁰⁰⁴. La structuration du comité social et économique n'est pourtant pas un obstacle²⁰⁰⁵. C'est pourquoi, la doctrine s'est divisée sur l'éventuelle extension du droit de veto du comité social et économique (I). L'entériner suppose l'appel à un tiers départageant, en cas de blocage du processus décisionnel (II).

I. Une doctrine partagée

318. Une limitation du droit de veto. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945 indique que les comités « *ne sont pas, dans le domaine économique, des organismes de décision* »²⁰⁰⁶. Face à la tentation d'étendre le droit de veto du comité social et économique, certains auteurs ont alerté sur le potentiel travestissement de sa mission originelle, en s'y opposant avec force²⁰⁰⁷. Faire du comité social et économique un codécisionnaire avec l'employeur serait contraire à sa mission²⁰⁰⁸. Cela serait aussi contraire aux souhaits des organisations syndicales qui ne veulent assumer la

²⁰⁰⁴ G. AUZERO, « L'intervention du comité d'entreprise lors des offres publiques d'acquisition », *Lexbase Hebdo*, éd. sociale 2014, n° 566 : « *On reste toujours admiratif face à l'ingéniosité (qui cache, en fait, une vraie frilosité) du législateur qui s'efforce de renforcer le rôle du comité d'entreprise, sans jamais lui donner un droit de veto* ».

²⁰⁰⁵ C. SACHS-DURAND, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4 : « *Tout se passe comme si notre droit avait été organisé pour fournir aux institutions représentatives tous les éléments nécessaires à l'exercice d'un pouvoir de codécision, sans que le législateur ait voulu aller jusqu'à ce point* ».

²⁰⁰⁶ Exposé des motifs, Ord. n° 45-280 du 22 févr. 1945 instituant des comités d'entreprise, *JORF* n° 0046, 23 févr. 1945, p. 954.

²⁰⁰⁷ J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La Documentation française, 1981, p. 15 : « *sont systématiquement proposés des mécanismes ou des procédures dynamiques qui peuvent permettre de résoudre les difficultés plutôt que des formules de blocage qui cristallisent les situations sans apporter de véritables solutions. Il en est ainsi de la notion de veto* ».

²⁰⁰⁸ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « *nous prenons clairement parti contre une extension des pouvoirs au sens précis du mot, contre tout ce qui pourrait apparaître comme un contre pouvoir ou une co-décision* ».

responsabilité des décisions²⁰⁰⁹. L'extension du droit de veto du comité social et économique rentrerait en contradiction avec le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre²⁰¹⁰, celui-ci se traduisant par la liberté de l'employeur de déterminer les choix économiques de l'entreprise²⁰¹¹.

319. L'extension du droit de veto. Prématurée pour certains auteurs²⁰¹², l'extension du droit de veto du comité social et économique serait la bienvenue pour d'autres²⁰¹³, voire serait inéluctable²⁰¹⁴. Par une lecture littérale de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, certains auteurs soutiennent que la participation du comité social

²⁰⁰⁹ N. CATALA, *Traité de droit du travail. L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, n° 715, p. 819 : « l'état des relations professionnelles dans notre pays rend inconcevable l'attribution au comité d'un pouvoir de co-décision ou d'un droit de veto dont les partenaires sociaux eux-mêmes ne veulent pas » ; R. SOUBIE, « Observations sur l'évolution du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 356 ; G. BÉLIER & F. PETIT, « Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? », *RDT* 2010. 76 : « consultation, mais sans partage du pouvoir et des responsabilités sur des décisions que l'état des divergences d'intérêts et de leur représentation collective en France rend sans doute illusoire et, à tout le moins prématuré » ; J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003, p. 181.

²⁰¹⁰ L. MARQUET DE VASSELLOT, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJS* 2000. 607 : « en matière d'information et de consultation l'employeur n'est pas tenu de solliciter l'avis conforme des représentants du personnel, étant précisé que ce n'est que par exception que la loi accorde un droit de "veto" au comité d'entreprise. Accorder à ce droit une extension à des situations non prévues par la loi méconnaîtrait le principe de la liberté d'entreprendre, lequel est un principe de valeur constitutionnelle ».

²⁰¹¹ S. VERNAC, « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », obs. ss. Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-476 QPC, *Dr. soc.* 2015. 573.

²⁰¹² C. SACHS-DURAND, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4 : « il paraît prématuré d'attribuer au comité d'entreprise un pouvoir de codécision sur le terrain des choix stratégiques, compte tenu de notre contexte social actuel et plus simplement de nos habitudes ».

²⁰¹³ V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 104, p. 87 : « L'absence de pouvoir de décision du comité d'entreprise en matière économique, la seule obligation de l'employeur de répondre à ses avis et à ses vœux, ont conduit certains à préconiser un changement catégorique de cette règle fondatrice de l'institution, qui bouleverserait la conception des relations collectives du droit français. Cette transformation serait celle de la nature consultative des attributions économiques du comité d'entreprise. Elle viserait à introduire une codécision qui supposerait le partage des responsabilités d'une orientation retenue en commun après débat, et d'une cogestion. Cette dernière conduirait à la mise en œuvre en commun de la décision prise pour le compte des salariés de l'entreprise. Ce partage des pouvoirs de gestion de l'employeur ferait du comité un véritable partenaire de la direction. Aucun obstacle majeur ne semblerait, a priori, pouvoir empêcher le comité d'entreprise d'acquiescer ce statut, et nombre de ses prérogatives favoriseraient même cette évolution ».

²⁰¹⁴ F. GÉA, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013 », *SSL* 2013, n° 1569, p. 4 : « Si (...) l'évolution de notre modèle de droit du travail constitue désormais une ambition d'autant plus largement partagée qu'elle est déjà à l'œuvre, cette transformation devra, tôt ou tard, passer par la consécration d'un système de codécision, quand bien même ce changement prendrait à rebours notre histoire, voire une certaine culture ».

et économique ne peut se satisfaire d'un avis simplement consultatif²⁰¹⁵. Devenue « *anachronique* »²⁰¹⁶, l'information-consultation du comité social et économique devrait être assortie d'un droit de veto permanent sur certaines décisions économiques d'ampleur²⁰¹⁷ : délocalisations, fermetures de sites, licenciements collectifs, changements d'horaires collectifs²⁰¹⁸, c'est-à-dire principalement lorsque l'emploi est en jeu²⁰¹⁹. Une extension du droit de veto du comité social et économique aux décisions qui ont une incidence directe sur les conditions de travail des salariés a aussi été proposée²⁰²⁰. Elle serait de nature à pousser l'employeur à une réflexion approfondie

²⁰¹⁵ P. DURAND, « La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1959, p. 197, spéc. p. 242 : « Il est certain à cet égard, que la formule, contenue dans le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, et selon laquelle tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la gestion des entreprises ne traduit pas la réalité de notre droit du travail, si l'on entend par gestion un véritable pouvoir de décision, conjoint à celui de l'employeur » ; M. COHEN, « Les délocalisations et les comités d'entreprise », note ss. TGI Nanterre, réf., 10 sept. 2004, n° 04/2484, *SSL* 2004, n° 1194, p. 5 ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 977, p. 741 : « La proclamation constitutionnelle selon laquelle tout travailleur "participe" par l'intermédiaire de ses délégués, à "la gestion" des entreprises restera à l'état de principe tant qu'un véritable droit de veto n'aura pas été octroyé aux comités » ; M. COHEN, « Un droit de veto plus que jamais nécessaire », *RPDS* 2001. 147 : « À l'origine déjà, les attributions purement consultatives des comités d'entreprise n'étaient pas conformes à la Constitution, laquelle veut que les représentants du personnel "participent à la gestion" des entreprises ».

²⁰¹⁶ M. COHEN, « Un droit de veto plus que jamais nécessaire », *RPDS* 2001. 147.

²⁰¹⁷ G. BÉLIER & C. CLERC, « Quel avenir pour une codétermination à la française ? », *RDT* 2014. 600 ; M. COHEN, « Représentation du personnel et licenciements collectifs », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 207, spéc. p. 218.

²⁰¹⁸ M. COHEN, « Un droit de veto plus que jamais nécessaire », *RPDS* 2001. 147 : « Il est temps de retirer aux chefs d'entreprise leur pouvoir de décision discrétionnaire en tous domaines. Le comité d'entreprise devrait avoir un droit de veto suspensif dans les questions importantes pour la vie de l'entreprise et du personnel : restructurations, délocalisations, fermetures de sites, licenciements collectifs, embauchages précaires, changements d'horaires collectifs, etc. ».

²⁰¹⁹ F. MOREL & R. BRIHI, « Faut-il (encore) réformer le droit du travail ? », *RDT* 2022. 421 : « une "réforme" du dialogue social aurait pu être l'occasion de réserver une place majeure et décisive aux représentants des salariés dans les lieux de décision avec un droit réel à la participation dans l'élaboration des choix stratégiques, par exemple en leur conférant un droit de veto sur des décisions qui seraient énumérés par la loi, notamment celles ayant un impact sur l'emploi, les conditions de travail, la santé, etc. » ; M. VÉRICEL, « Le comité social et économique et l'urgence », *RJS* 2020. 879 : « On pourrait peut-être imaginer que, dans certaines hypothèses d'urgence économique, le comité puisse avoir un droit de codécision, ou au moins un droit de veto, sur certains types de mesures que compte prendre l'employeur (notamment en matière de restructuration) » ; M. VÉRICEL, « Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 924 : « il conviendrait d'aller jusqu'à reconnaître au comité social et économique (...) le droit d'avoir à donner un avis conforme sur les projets de restructuration juridique ou économique de l'entreprise, affectant directement ou indirectement l'emploi des salariés de l'entreprise, y compris la délocalisation d'activités » ; M. COHEN & L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023, n° 977, p. 741.

²⁰²⁰ C. SACHS-DURAND, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4.

sur ses choix de gestion de l'entreprise²⁰²¹. À terme, elle permettrait d'imposer des solutions « *plus hardies* »²⁰²². L'extension du droit de veto du comité social et économique ne pourrait toutefois faire fi de l'appel à un tiers départageant en cas de blocage du processus décisionnel²⁰²³.

II. L'appel à un tiers départageant

320. Le recours au juge. L'extension du droit de veto du comité social et économique suppose, en cas de blocage, un moyen de restaurer le cours du processus décisionnel²⁰²⁴. Le recours à un tiers départageant est souvent présenté comme une solution idoine²⁰²⁵. Sa nature est âprement discutée, car il peut s'agir d'une autorité interne ou externe à l'entreprise²⁰²⁶. Des auteurs préconisent de recourir au juge lorsque le processus décisionnel est bloqué par l'apposition d'un veto du comité social et économique²⁰²⁷.

²⁰²¹ G. LYON-CAEN, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1 : « On fait remarquer, de plus, que de tels droits auraient des effets "en retour" appréciables sur le plan de l'information. Les directions devront, en effet, préparer les élus longtemps à l'avance à les accepter et, par conséquent, les informer le plus complètement possible. Enfin, ils pourraient contrarier un certain esprit de routine et obliger à une plus grande réflexion en contraignant les responsables à réenvisager certains problèmes ; à réétudier certaines solutions ».

²⁰²² G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, p. 301 : « le législateur a été d'une singulière timidité dans la détermination des attributions conférées au comité d'entreprise. Il en a fait un organe consultatif. Le chef d'entreprise exposera au comité la gestion et la marche générale de l'entreprise, le comité émettra des vœux et étudiera les suggestions du personnel en vue d'accroître la production et d'améliorer le rendement. Pourquoi ne pas avoir accordé à la collectivité ouvrière un véritable pouvoir de décision sur certaines questions ? Il y a des modifications de l'entreprise qui ne peuvent être décidées par le chef d'entreprise sans l'accord du capital. Il doit y en avoir, de même, qui ne peuvent l'être sans l'accord du personnel. Peut-être était-il prudent d'habituer peu à peu le comité d'entreprise à jouer son rôle dans l'entreprise. Quand on sera vraiment arrivé à considérer l'entreprise comme une communauté de capital et de travail sous la direction d'un chef, des solutions plus hardies s'imposeront et il faudra trouver le moyen de départager les intéressés au cas de conflit entre le capital et le travail » (nous soulignons).

²⁰²³ P. DURAND, « Réflexions sur la loi fédérale allemande du 11 octobre 1952 relative à l'organisation constitutionnelle de l'établissement », *JCP* 1953. I. 1078 : « il est possible, dans un certain nombre de domaines, de confier aux représentants du personnel le droit de consentir aux décisions envisagées par le chef d'entreprise. Elle les avertira surtout de la vanité d'un droit de codécision, en l'absence de procédures obligatoires de règlement des conflits collectifs. Plus une organisation sociale repose sur l'égalité des deux partenaires et sur leur entente, et plus il devient nécessaire de prévoir le règlement des différends auxquels donne lieu la mésentente des parties ».

²⁰²⁴ M. VÉRICEL, « Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 924.

²⁰²⁵ A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285.

²⁰²⁶ P. LOKIEC, « Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2016. 502.

²⁰²⁷ P. LOKIEC, « Codécision dans l'entreprise : faut-il franchir le Rubicon ? », *Liaisons soc.* 2016, n° 169, p. 68 ; M. COHEN, « Un droit de veto plus que jamais nécessaire », *RPDS* 2001. 147.

Mais le recours au juge est délicat, celui-ci ne pouvant se substituer aux choix de gestion de l'employeur²⁰²⁸. La jurisprudence est constante sur ce point²⁰²⁹.

321. Le recours à l'arbitrage. Une autre figure, celle de l'arbitre choisi par les parties, est classiquement privilégiée²⁰³⁰. Elle peut être facilitée par l'accord de mise en place du comité social et économique, lequel peut inclure une clause relative à la désignation de l'arbitre²⁰³¹. Une fois désigné, l'arbitre rapproche les parties et, en cas d'échec, prend une décision à laquelle les deux parties doivent se conformer²⁰³². Le droit suisse l'admet en cas de désaccord sur le choix de l'institution de prévoyance professionnelle²⁰³³. Le droit allemand l'entérine aussi en cas de conflit sur certaines décisions que l'employeur doit soumettre au comité²⁰³⁴. Le droit français pourrait en faire autant²⁰³⁵.

²⁰²⁸ V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 105, p. 89 : « le juge ne peut prétendre à “une appréciation de la qualité de la gestion de l'entreprise”. Ce n'est pas son rôle, et la règle est établie de longue date par la Cour régulatrice ».

²⁰²⁹ Cass. soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, *Bull. civ. V*, n° 499 ; *D.* 1958. 21, obs. G. Levasseur ; *JCP* 1956. II. 9397, note P. Esmein ; Cass. Ass. plén., 8 déc. 2010, n° 97-44.219, *Bull. Ass. plén.*, n° 11 ; *D.* 2001. 1156, obs. J. Péliissier ; *Dr. soc.* 2001. 417, obs. A. Jeammaud & M. Le Friant ; Cass. soc., 24 mars 2010, n° 09-40.444, *RJS* 2010. 494 ; *JSL* 2010, n° 279, p. 21.

²⁰³⁰ F. MOREL & S. NIEL, « Faisons enfin évoluer les institutions représentatives du personnel », *SSL* 2012, n° 1536, p. 5 ; P. DURAND, « Réflexions sur la loi fédérale allemande du 11 octobre 1952 relative à l'organisation constitutionnelle de l'établissement », *JCP* 1953. I. 1078 : « c'est à l'arbitrage qu'aboutit finalement le droit de codécision du personnel ».

²⁰³¹ G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 ; C. SACHS-DURAND, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4.

²⁰³² E. DURLACH, F. LELLOUCHE & M. LÉON, « Repenser l'entreprise », *RDT* 2018. 21 : « Le mécanisme d'arbitrage est une bonne incitation à s'entendre, aucune des parties ne souhaitant, en pratique, qu'un tiers décide. L'instance d'arbitrage pourrait prendre en compte le respect du principe de coopération confiante, et donc la volonté sérieuse d'aboutir dans les discussions ».

²⁰³³ G. AUBERT, « L'entreprise et le droit du travail : l'exemple suisse », *Dr. soc.* 2005. 147 : « Sur un point, les travailleurs ou leurs représentants bénéficient d'un droit de codécision : l'employeur ne peut choisir qu'avec leur consentement l'institution de prévoyance professionnelle (épargne salariale obligatoire), à laquelle s'affilie l'entreprise ; le changement d'affiliation requiert le même consentement ; en l'absence d'accord entre les parties, un arbitre tranche » (nous soulignons).

²⁰³⁴ P. RÉMY, « Autonomie collective + cogestion = autogestion ? Regards comparés du point de vue du droit allemand », *SSL* 2016, n° 1631, p. 85 : « Sur certaines questions (dites “sociales” en particulier), le conseil dispose de droits de codécision discrétionnaires qui le placent à égalité avec l'employeur, au point qu'il peut prendre, comme ce dernier, l'initiative de la mesure et saisir, en cas de désaccord, une instance d'arbitrage (le plus souvent interne à l'établissement et présidée par un président “neutre”) qui va in fine décider ».

²⁰³⁵ L. MILET, « La représentation du personnel du GR-PACT comparée à celle de l'ordonnance 22 septembre 2017 », *Dr. soc.* 2018. 257 ; F. MOREL & S. NIEL, « Faisons enfin évoluer les institutions représentatives du personnel », *SSL* 2012, n° 1536, p. 5.

322. Conclusion de paragraphe. Les propositions doctrinales relatives à l'extension du droit de veto du comité social et économique font fi de sa mission originelle, laquelle n'implique pas une codécision dans l'entreprise. La place grandissante dévolue au comité social et économique permet toutefois d'entrevoir une évolution de cette mission originelle. La conventionnalisation de sa mise en place et de son fonctionnement interne pourrait permettre l'institution d'une autorité arbitrale chargée de remédier à l'éventuel blocage du processus décisionnel.

323. Conclusion de section. Contrairement aux apparences, le droit de veto du comité social et économique n'est pas seulement un prolongement de son droit à être informé et consulté. Il constitue en réalité une faculté de négociation avec l'employeur sur la décision projetée. Le veto transcende l'information-consultation du comité social et économique. L'intensification de sa participation dans l'entreprise devrait conduire à élargir le champ d'application de son droit de veto à certaines décisions économiques d'ampleur.

324. Conclusion de chapitre. Le comité social et économique participe à la décision par la négociation dans deux hypothèses : lorsque la représentation syndicale fait défaut dans l'entreprise, et par l'apposition d'un veto à la décision unilatérale de l'employeur. Dans le premier cas, l'entrée en négociation est tributaire du contexte syndical de l'entreprise. Dans le second, elle est tributaire de la volonté de l'employeur de poursuivre le processus décisionnel en dépit de l'exercice du droit de veto du comité social et économique. Ces deux possibilités d'intervention du comité social et économique dans le processus décisionnel sont actuellement disjointes. Il n'est fait aucun lien entre la négociation collective substitutive et le droit de veto du comité social et économique. La transformation du comité social et économique en un conseil d'entreprise permettrait de lier ces deux formes de participation aux décisions.

Chapitre 2. La consécration d'une négociation permanente

« À travers une transformation de la représentation du personnel, s'enclenche un mouvement plus large propre à renforcer la participation des salariés à la gestion de l'entreprise »²⁰³⁶

325. La lente maturation de l'idée de fusion. L'existence du double canal de représentation dans l'entreprise a tôt fait germer l'idée de sa fusion. À l'admettre, les compétences dévolues aux délégués syndicaux et aux institutions représentatives du personnel auraient été exercées par une seule instance. L'instance unique aurait minorer les chevauchements des compétences et la perméabilité du double canal de représentation dans l'entreprise. Le comité social et économique marque un pas dans cette direction, mais la fusion avec les délégués syndicaux n'a pas encore eu lieu (**Section 1**).

326. La consécration du conseil d'entreprise. La transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise offre la possibilité de la fusion souhaitée. Ce « *stade ultime* »²⁰³⁷ de la représentation du personnel dans l'entreprise est laissé à l'appréciation des partenaires sociaux. Il pourrait prochainement être imposé, car il permet un dialogue social « *renouvelé, pluralisé et diversifié, car moins arrimé au fait syndical* »²⁰³⁸. La participation du comité social et économique par la négociation en sortirait renforcée. Le conseil d'entreprise est l'acteur exclusif de la négociation collective et le champ de son avis conforme est étendu (**Section 2**).

²⁰³⁶ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 428, p. 343.

²⁰³⁷ A. SERVOUZE-MERCIER & S. MAYOUX, « Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182.

²⁰³⁸ C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 22.

Section 1. La lente maturation d'une instance unique de participation

327. Le double canal de représentation dans l'entreprise est présenté comme un « *modèle essoufflé* »²⁰³⁹. Les participations qui s'en infèrent ont fait l'objet d'une proposition de fusion (§1). Les derniers jalons législatifs de sa concrétisation ont été posés (§2).

§1. La genèse de l'idée

328. Une tentative de regroupement des instances représentatives du personnel dans l'entreprise a d'abord eu lieu (I) avant celle de leur fusion (II).

I. Une ébauche de regroupement

329. Les balbutiements. En 1986, le Centre des jeunes dirigeants a amorcé une offensive contre le double canal de représentation dans l'entreprise. La promotion d'un conseil d'entreprise s'est faite jour. La création d'une instance de représentation du personnel regroupant les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, et dont seuls les membres pourraient être désignés délégués syndicaux par les organisations syndicales représentatives, a été proposée²⁰⁴⁰. En 1988, la proposition a de nouveau été mise sur la table dans les mêmes termes²⁰⁴¹. Un « *flot de propositions* »²⁰⁴² a suivi.

²⁰³⁹ F. FAVENNEC-HÉRY, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Dr. soc.* 2013. 250.

²⁰⁴⁰ CENTRE DES JEUNES DIRIGEANTS, *Le conseil d'entreprise*, Rapport, 1986.

²⁰⁴¹ CENTRE DES JEUNES DIRIGEANTS, *Le conseil d'entreprise. La volonté de dialogue*, Rapport, 1988, p. 6 : « *Aujourd'hui, le dialogue social se disperse dans de trop nombreuses institutions dont on a souvent tendance à oublier les missions respectives quand on ne les confond pas, purement et simplement. Soucieux d'efficacité dans les relations sociales, le CJD propose, avec le Conseil d'entreprise, de réunir les attributions de l'ensemble des institutions actuelles de représentation du personnel au sein d'une assemblée unique* ».

²⁰⁴² F. FAVENNEC-HÉRY, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Dr. soc.* 2013. 250 ; G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608.

330. L'intervention mineure du législateur. Le rapport Béliier sur les conditions de l'amélioration de la représentation des salariés dans les petites et moyennes entreprises préconisait le regroupement des instances représentatives du personnel, sans confier à l'instance unique une mission de négociation²⁰⁴³. Le législateur s'en est inspiré en créant la délégation unique du personnel, laquelle a correspondu à une juxtaposition des délégués du personnel et du comité d'entreprise dans les entreprises de moins de deux cents salariés²⁰⁴⁴. Décidée unilatéralement par l'employeur²⁰⁴⁵, la création de la délégation unique du personnel donnait lieu à un exercice alternatif des attributions des instances regroupées²⁰⁴⁶. Une vive adhésion au dispositif s'ensuivit²⁰⁴⁷.

II. Une ébauche de fusion

331. Une réaffirmation de la volonté de fusion. En 2003, le Centre des jeunes dirigeants a de nouveau prôné l'introduction d'un conseil d'entreprise dans les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés, lequel aurait eu vocation à signer, à la majorité de ses membres, des accords d'entreprise²⁰⁴⁸. L'idée a été reprise l'année suivante par la mission chargée de rechercher des pistes de modernisation du droit du travail. Celle-ci a proposé de regrouper les fonctions de consultation et de négociation au sein d'une instance unique, résultant de la fusion des délégués du personnel, du

²⁰⁴³ G. BÉLIER, *Rapport sur les conditions de l'amélioration de la représentation des salariés dans les petites et moyennes entreprises*, Rapport remis au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, 1990.

²⁰⁴⁴ L. n° 93-1313 du 20 déc. 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, art. 29, *JORF* n° 0295, 21 déc. 1993, p. 17769, texte n° 1.

²⁰⁴⁵ Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, *Rec. Cons. const.* 1993. 593 ; *RJS* 1994. 269 ; *JCP E* 1994. III. 66546 ; *Dr. soc.* 1994. 139, obs. X. Prétot.

²⁰⁴⁶ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 91, p. 78 : « Réunissant, dans un premier temps, les délégués du personnel et le comité d'entreprise, la délégation unique du personnel était une création hybride. L'union des mandats était effectuée sans qu'il fût mis un terme à la pluralité des instances. Les membres de la délégation unique assuraient à la fois les fonctions de délégué du personnel et celles de membre du comité d'entreprise avec, à la clé, un maintien des attributions et des règles de fonctionnement propres à chaque instance, à quelques adaptations près ».

²⁰⁴⁷ C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 15 : « Ainsi, en 2015, 47 % des entreprises de 50 à 99 salariés (représentant près de la moitié des effectifs salariés travaillant dans des entreprises de cette taille) et 61 % de celles entre 100 et 199 salariés (61 % des effectifs salariés) avait adopté le principe d'une délégation unique du personnel ».

²⁰⁴⁸ CENTRE DES JEUNES DIRIGEANTS, *Dialogue social, instaurer une culture de la négociation dans les entreprises*, Rapport, 2003.

comité d'entreprise et des délégués syndicaux²⁰⁴⁹. Le rapport Hadas-Lebel a confirmé cette orientation²⁰⁵⁰. La Commission pour la libération de la croissance française a ensuite proposé une instance unique, dans les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés, qui assurerait les fonctions des instances élues du personnel et des délégués syndicaux²⁰⁵¹. Le promoteur initial du conseil d'entreprise s'est joint à la proposition²⁰⁵².

332. Les propositions doctrinales et syndicales. Diverses propositions doctrinales ont aussi émergé, comme la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux, l'ouverture de la négociation au profit du comité d'entreprise²⁰⁵³, appelé à devenir le conseil d'entreprise²⁰⁵⁴. Un rapprochement entre instances élues et

²⁰⁴⁹ M. DE VIRVILLE, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004, p. 43.

²⁰⁵⁰ R. HADAS-LEBEL, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, 2006, p. 109 : « *L'instance unique serait intégralement élue par les salariés, comme pour les membres de la délégation du personnel au comité d'entreprise aujourd'hui. Elle serait la seule instance de négociation mais aussi de délibération sur les accords, qui seraient conclus à la majorité des voix des membres salariés du conseil. Cette option, qui suscite des réserves compréhensibles de la part des organisations syndicales, ne conduirait naturellement pas à la mise en cause de l'institution des délégués syndicaux investis par elles, qui continueraient, dans le cadre des crédits d'heure de délégation actuels, à exercer leur fonction de représentation du syndicat et des salariés vis-à-vis de l'employeur, à animer la section syndicale et à exercer leur droit d'information des salariés. En revanche, leur participation à la négociation et à la conclusion des accords supposerait leur élection à l'instance unique. Une telle procédure, qui renforcerait le lien entre les salariés et ceux qui les représentent, permettrait de surmonter, du moins dans les entreprises de faible dimension, la dichotomie actuelle entre les délégués syndicaux qui ont le monopole de la négociation et les élus du personnel, syndiqués ou non, qui exercent une fonction de représentation et de consultation* » (nous soulignons).

²⁰⁵¹ J. ATTALI, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, La Documentation française, 2008, p. 48.

²⁰⁵² CENTRE DES JEUNES DIRIGEANTS, *Dialogue social : explorons ensemble de nouvelles voies*, Rapport, 2009 ; Comp. J. BARTHÉLÉMY & G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Rapport, Conseil d'Analyse Économique, 2010, p. 67 et s.

²⁰⁵³ G. BÉLIER & F. PETIT, « Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? », *RDT* 2010. 76 : « *il pourrait être question d'ouvrir davantage le pouvoir de négocier du comité d'entreprise (particulièrement en matière d'accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, d'accords de méthode et de négociation du plan de sauvegarde de l'emploi), pouvoir qu'il détient déjà dans certaines matières (accords d'intéressement et de participation, accords de prévoyance)* ».

²⁰⁵⁴ G. BÉLIER & F. PETIT, « Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? », *RDT* 2010. 76 : « *sans être seulement symbolique, l'adoption de la dénomination "conseil d'entreprise" nous paraît opportune, marquant ainsi l'abandon d'une conception surannée du comité d'entreprise née de ses pouvoirs ; la dénomination "comité d'entreprise" n'est pas sans rappeler celle de "comité des fêtes", ce qui contribue à minimiser, dans l'esprit de tous, la portée de ses prérogatives* ».

syndicales par voie conventionnelle a été préconisé en 2013²⁰⁵⁵. Lors de la négociation nationale interprofessionnelle relative à la qualité et à l'efficacité du dialogue social dans les entreprises et à l'amélioration de la représentation des salariés²⁰⁵⁶, des organisations syndicales d'employeurs ont proposé la fusion des instances représentatives du personnel en un conseil d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinquante salariés²⁰⁵⁷. La création et le maintien du conseil d'entreprise étaient subordonnés à la conclusion d'un accord collectif, sous réserve d'une consultation des salariés²⁰⁵⁸. Il aurait exercé l'intégralité des attributions des instances fusionnées, y compris la négociation collective classiquement dévolue aux délégués syndicaux²⁰⁵⁹.

333. L'accélération de l'histoire. Pour répondre à ces attentes²⁰⁶⁰, le législateur élargit en 2015 la délégation unique du personnel aux entreprises de moins de trois cents salariés²⁰⁶¹, en y incluant le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail²⁰⁶². Pour les entreprises de plus de trois cents salariés, le regroupement des institutions représentatives du personnel s'effectue par accord d'entreprise²⁰⁶³. Malgré une liberté conventionnelle importante, le législateur ne permet pas aux partenaires

²⁰⁵⁵ F. FAVENNEC-HÉRY, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Dr. soc.* 2013. 250.

²⁰⁵⁶ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2014*, Bilans et rapports, 2015, p. 198.

²⁰⁵⁷ M. LE FRIANT, « Un conseil d'entreprise inspiré du droit allemand ? », *SSL* 2014, n° 1651, p. 3 ; Adde J. BARTHÉLÉMY & G. CETTE, *Réformer le droit du travail*, Odile Jacob, 2015, p. 59 et s.

²⁰⁵⁸ S. IZARD, « Le patronat propose de créer une instance unique de représentation », *SSL* 2014, n° 1651, p. 2 : « Lors de leur rencontre du 30 octobre sur la modernisation du dialogue social, le patronat (Medef, CGPME, UPA) a proposé à ses interlocuteurs syndicaux (CFDT, CGT, FO, CFTC, CFE-CGC) de fusionner les instances représentatives du personnel au sein d'un unique "conseil d'entreprise" dans les entreprises d'au moins cinquante salariés ».

²⁰⁵⁹ S. IZARD, « Le patronat propose de créer une instance unique de représentation », *SSL* 2014, n° 1651, p. 2.

²⁰⁶⁰ INSTITUT MONTAIGNE, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport, 2015, p. 38.

²⁰⁶¹ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 92, p. 79 : « Plus de vingt ans après la création de la délégation unique du personnel, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 procéda à un élargissement du cercle des entreprises susceptibles de constituer une délégation unique du personnel. De moins de deux cents salariés en 1993, le seuil d'effectif en-deçà duquel une délégation unique pouvait être mise en place fut porté à moins de trois cents salariés ».

²⁰⁶² C. trav., art. L. 23-101-1, anc.

²⁰⁶³ L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189, 18 août 2015, p. 14346, texte n° 3.

sociaux de s’emparer du nouveau dispositif²⁰⁶⁴. Ce qui est proposé devient rapidement une « *généralité* »²⁰⁶⁵. Le comité social et économique s’impose avant d’avoir pu analyser les mérites de la nouvelle délégation unique du personnel²⁰⁶⁶.

334. Conclusion de paragraphe. La fusion du double canal de représentation dans l’entreprise est une idée ancienne. Ses balbutiements datent de la fin des années 1980. Au simple regroupement des institutions représentatives du personnel succède la promotion d’une fusion complète des instances élues et syndicale. Le comité social et économique réalise la fusion des institutions représentatives du personnel élues. Il laisse ouverte l’opportunité d’une fusion avec les délégués syndicaux pour devenir le conseil d’entreprise.

§2. Les nouveaux jalons d’une vieille idée

335. Le législateur contemporain a amorcé une véritable évolution culturelle en permettant la transformation du comité social et économique en un conseil d’entreprise (I). Celle-ci pourrait annoncer une future généralisation du conseil d’entreprise (II).

²⁰⁶⁴ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l’entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 99, p. 83 : « *Était offerte aux parties l’opportunité de façonner une instance “à la carte”, répondant aux souhaits de chacun, adaptée à la situation de l’entreprise et prenant en compte ses spécificités* ».

²⁰⁶⁵ Étude d’impact, *Projet de loi d’habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, 27 juin 2017, p. 33 : « *L’effort de rationalisation et de rapprochement apparaît devoir être poursuivi, tant pour des raisons de simplification que d’efficacité du dialogue au sein des instances. Il s’agit donc d’accélérer le processus engagé en faisant des possibilités, déjà offertes mais ouvertes dans un certain nombre de cas seulement, une généralité* ».

²⁰⁶⁶ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l’entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 94, p. 80 : « *Ce dispositif était porteur de réelles promesses mais à peine deux ans d’application lui ayant été concédés, nul bilan sérieux de celle-ci ne pourra jamais être dressé* ».

I. L'amorce d'une évolution culturelle

336. Une évolution culturelle proposée, mais non imposée. Par la création du conseil d'entreprise, le législateur amorce une « *évolution culturelle* »²⁰⁶⁷. Celle-ci était devenue évidente, eu égard à la longue maturation de l'idée de fusion du double canal de représentation²⁰⁶⁸. La transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise est seulement proposée, car elle nécessite un accord d'entreprise²⁰⁶⁹. Présenté par le législateur comme le « *plus haut niveau du dialogue social* »²⁰⁷⁰, certaines organisations d'employeurs ont regretté que le conseil d'entreprise ne soit pas l'instance de droit commun de la représentation du personnel dans l'entreprise²⁰⁷¹. Le Sénat avait aussi proposé de généraliser le conseil d'entreprise, avec la possibilité pour un accord collectif de rétablir le pouvoir de négociation des délégués syndicaux²⁰⁷².

²⁰⁶⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 17, 7 nov. 2017, p. 18 : « *Pour la première fois, le principe de la codécision est introduit dans le droit du travail français, pour s'appliquer sur la base du volontariat, lorsque les entreprises et les syndicats en sont d'accord. C'est une évolution culturelle intéressante* ».

²⁰⁶⁸ C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 63 : « *ce concept d'instance fusionnée et dotée de la capacité de négocier était culturellement devenu, en 2017, une évidence* ».

²⁰⁶⁹ M. PÉNICAUD, JOAN, Compte rendu intégral, 1^e séance du 11 juill. 2017, p. 1383 : « *À la suite de la concertation, nous proposerons donc qu'une entreprise puisse instaurer, par accord majoritaire, un conseil d'entreprise, disposant d'un pouvoir d'information, de consultation et de négociation. L'imposer à toutes les entreprises par ordonnance ne serait toutefois pas la bonne méthode* ».

²⁰⁷⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 17, 7 nov. 2017, p. 8.

²⁰⁷¹ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2017*, Bilans et rapports, 2018, p. 163 : « *Le MEDEF salue cette avancée mais déplore que la mise en place du conseil d'entreprise nécessite un accord collectif et ne soit pas la règle de principe* » ; ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 13, 31 oct. 2017, p. 11 : « *En 2014, nous avons défendu l'idée d'une instance unique, que nous proposons de nommer "conseil d'entreprise". Elle aurait regroupé les compétences du comité d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et du délégué du personnel, tout en ayant une place dans les négociations, mais cette dernière compétence empiétait sur les prérogatives du délégué syndical. Nous aurions souhaité que ce schéma conciliant toutes les fonctions de représentation devienne le droit commun, mais les ordonnances en sont restées au comité social et économique* ».

²⁰⁷² L. PIETRASZEWSKI & A. MILON, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Assemblée nationale, Sénat, 31 juill. 2017, p. 13 ; N. BRICQ, JO Sénat, Compte rendu intégral, Séance du 24 juill. 2017, p. 2944 ; A. MILON, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, 20 déc. 2017, p. 72 ; Rapp. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2018*, Bilans et rapports, 2019, p. 106 : « *Le MEDEF aurait souhaité que la philosophie du projet soit poussée jusqu'au bout de sa logique en faisant du conseil d'entreprise, l'institution de droit commun et en renvoyant à un accord collectif, l'éventuel maintien de la séparation de la fonction de négociation* ».

Contrairement à certaines organisations syndicales²⁰⁷³, d'autres ont accueilli favorablement le dispositif de transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise par voie conventionnelle²⁰⁷⁴.

II. La sommation d'une évolution culturelle

337. L'acmé de la représentation du personnel. La participation du conseil d'entreprise se réalise au travers de l'exercice des attributions du comité social et économique, auxquelles s'ajoutent celles des délégués syndicaux²⁰⁷⁵. Le conseil d'entreprise reste un comité social et économique, mais celui-ci est transformé²⁰⁷⁶. Il dispose de droits d'information, de consultation et de négociation²⁰⁷⁷. Lors de sa création, certains thèmes de négociation lui étaient déniés, comme le protocole d'accord préélectoral et le plan de sauvegarde de l'emploi²⁰⁷⁸. Lors des débats

²⁰⁷³ MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La négociation collective en 2017*, Bilans et rapports, 2018, p. 63 : « la CFE-CGC a toujours été opposée à la fusion des institutions représentatives du personnel incluant le délégué syndical » ; A. MILON, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, 20 déc. 2017, p. 207 ; C. LECOEUR, « Le conseil d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2020. 624.

²⁰⁷⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 20, 8 nov. 2017, p. 31 : « La fusion des institutions représentatives du personnel était souhaitée et défendue depuis longtemps par notre groupe, qui se félicite de la création du comité social et économique. Nous serons attentifs à la manière dont les entreprises se saisiront ou pas du dispositif du conseil d'entreprise ; si nous souhaitions initialement l'intégration de la compétence de négociation dans l'instance fusionnée, nous considérons qu'un pas dans la bonne direction a été fait avec l'adoption d'un amendement visant à permettre une possibilité de négociation ».

²⁰⁷⁵ A. MILON, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, 20 déc. 2017, p. 72 : « Le conseil d'entreprise est donc un comité social et économique auquel est confié, en vertu d'un accord d'entreprise de droit commun, un monopole de négociation avec l'employeur. L'ensemble des attributions et des règles de fonctionnement du comité social et économique lui sont applicables ».

²⁰⁷⁶ A. MILON, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, 20 déc. 2017, p. 72 : « L'ordonnance ouvre en effet la possibilité de confier au comité social et économique par accord d'entreprise la compétence de négociation des accords d'entreprise ou d'établissement, aujourd'hui détenue par les délégués syndicaux. Il se transforme dans ces circonstances en conseil d'entreprise » (nous soulignons).

²⁰⁷⁷ M. PÉNICAUD, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 22 nov. 2017, p. 5455 : « C'est l'expression d'une forme de dialogue social très poussé où information, consultation mais aussi négociation ont lieu au sein de la même instance ».

²⁰⁷⁸ C. trav., art. L. 2321-1, al. 1, anc.

parlementaires relatifs à la ratification de l'ordonnance créant le conseil d'entreprise, un amendement a été adopté pour supprimer ces exceptions à sa compétence de négociation²⁰⁷⁹. La substitution du conseil d'entreprise aux délégués syndicaux est désormais entière²⁰⁸⁰. Il mue le comité social et économique en une instance de codécision, par l'avis conforme, et de codétermination, par sa compétence élargie de négociation²⁰⁸¹.

338. Vers une généralisation du conseil d'entreprise. Les rares débats parlementaires attestent qu'un suivi du déploiement du conseil d'entreprise est à entreprendre²⁰⁸². L'heure du bilan arrivé, il s'agira d'aller « *plus loin* »²⁰⁸³. L'expérience du conseil d'entreprise laisse présager sa généralisation prochaine²⁰⁸⁴, malgré le peu d'engouement qu'il connaît²⁰⁸⁵. Le parallèle avec la fusion des instances

²⁰⁷⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 20, 8 nov. 2017, p. 20.

²⁰⁸⁰ C. trav., art. L. 2321-1, al. 1.

²⁰⁸¹ A. TACHÉ, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 22 nov. 2017, p. 5455.

²⁰⁸² ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 17, 7 nov. 2017, p. 8 : « *Il faudra suivre avec beaucoup d'intérêt cette évolution des relations sociales dans un certain nombre d'entreprises moins avancées en matière de dialogue social* » ; M. PÉNICAUD, *JOAN*, Compte rendu intégral, 1^e séance du 21 nov. 2017, p. 5313 : « *Il sera intéressant de suivre l'évolution de ces conseils d'entreprise, car ils contribueront à instaurer la vision d'un dialogue social exigeant et co-constructif* » ; A. TACHÉ, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 22 nov. 2017, p. 5455 : « *Nous serons en effet attentifs à ce que le plus grand nombre possible d'entreprises se saisissent de ces conseils d'entreprise et s'engagent sur cette voie de la co-décision. Il me semble que c'est là, en effet, une vision nouvelle de l'entreprise, moderne, où tout le monde dialogue, négocie et même co-décide dans un lieu unique* ».

²⁰⁸³ ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 13, 31 oct. 2017, p. 11 : « *Il sera donc préférable de faire le bilan du conseil d'entreprise tel qu'il est proposé pour savoir si l'on peut aller plus loin* » ; L. PIETRASZEWSKI & A. MILON, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Assemblée nationale, Sénat, 31 juill. 2017, p. 13 : « *Ce débat n'est néanmoins pas clos et ressurgira sans doute dans quelques années lorsque l'instance unique aura été mise en place dans toutes les entreprises : c'est probablement la prochaine étape logique de l'évolution de notre système vers le conseil d'entreprise à l'allemande* ».

²⁰⁸⁴ B. TEYSSIÉ, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011 : « *ceux qui conçoivent ce dispositif attendent-ils plus que quelques applications, simple banc d'essai avant que ne soient franchies d'autres étapes, peut-être moins largement abandonnées au jeu du contrat ?* » ; A. TACHÉ, *JOAN*, Compte rendu intégral, 1^e séance du 21 nov. 2017, p. 5328 : « *Syndicats et dirigeants doivent se saisir de cette opportunité qui ouvre la voie à un nouveau modèle d'entreprise, fondé sur la codécision. Demain, sur tous les grands sujets comme la formation, l'égalité professionnelle, mais aussi la grille des salaires ou les normes de bien-être au travail, salariés et chef d'entreprise devront décider ensemble. L'entreprise deviendra alors, réellement, un bien commun* ».

²⁰⁸⁵ F. PETIT, « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », *BJT* 2019, n° 12, p. 42 ; *Rappr.* S. HOULIÉ, *JOAN*, 13 févr. 2018, Question n° 5352.

représentatives du personnel est possible²⁰⁸⁶. D'abord proposée avec la délégation unique du personnel, elle a ensuite été imposée avec le comité social et économique²⁰⁸⁷. L'invitation du législateur à mettre en place un conseil d'entreprise apparaît comme la dernière étape d'une ultime consolidation de l'évolution de la représentation du personnel dans l'entreprise²⁰⁸⁸. Certains auteurs se prononcent en ce sens²⁰⁸⁹.

339. Conclusion de paragraphe. L'inscription du conseil d'entreprise en droit positif est révélatrice de l'évolution culturelle autour de la fusion du double canal de représentation dans l'entreprise. Si la fusion complète du double canal est pour l'instant proposée aux partenaires sociaux, les débats autour de son introduction laissent présager sa généralisation prochaine. Aujourd'hui proposée, la transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise pourrait, demain, s'imposer.

340. Conclusion de section. Au terme de plus de trente années, l'idée ancienne du conseil d'entreprise a été consacrée en droit français. Le conseil d'entreprise porte en

²⁰⁸⁶ A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204.

²⁰⁸⁷ S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « Rien n'exclut qu'à la manière de l'instance unique, exception devenue principe avec l'avènement du comité social et économique, soit un jour imposée la création d'un conseil d'entreprise dans l'ensemble des entreprises » ; S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 401, p. 327.

²⁰⁸⁸ M. PÉNICAUD, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 11 juill. 2017, p. 1418 : « Lorsque les instances fusionnées incorporeront les conseils d'entreprise et auront donc un pouvoir d'information, de consultation et de négociation, la question de la gouvernance et de la nécessité d'avoir des avis conformes pour certains sujets se posera. C'est dans ce sens que nous aurons à reprendre ce débat et nous le ferons lorsque nous aurons plus de matière après avoir avancé sur ces sujets, y compris celui du conseil d'entreprise » ; L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116 : « En permettant de confier au conseil d'entreprise, de façon exclusive et intégrale, la capacité de négocier dans l'entreprise, alors même que des délégués syndicaux y sont présents, la réforme menée par le gouvernement porte les prémices d'une nouvelle étape dans l'évolution de la représentation du personnel en droit français » ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « cette nouvelle instance pourrait être l'ultime étape de la rationalisation des relations collectives de travail » ; G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608 : « il y a lieu de penser que la création d'un "conseil d'entreprise", aujourd'hui simple faculté ouverte à l'autonomie collective, pourrait bouleverser à terme les lignes de force du système de représentation du personnel ».

²⁰⁸⁹ S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6 : « Désireux de lui donner le pouvoir de négocier, le gouvernement a tenté de lui conférer ce rôle élargi, mais n'a pu obtenir un consensus social suffisant pour permettre à cette nouvelle instance de négocier des accords collectifs, alors même que des délégués syndicaux seraient présents dans l'entreprise. Pourtant cette réforme serait cohérente car elle conférerait aux élus un rôle aligné sur l'ampleur des informations qu'ils reçoivent de l'employeur sur le fonctionnement de l'entreprise ».

germe une participation renforcée du comité social et économique. Il lie deux formes de participation dans l'entreprise, l'information-consultation et la négociation, actuellement disjointes.

Section 2. L'avènement d'une instance unique de participation

341. L'avènement d'une instance unique de participation est aujourd'hui rendue possible au travers du conseil d'entreprise. Sa mise en place, laissée à la discrétion des partenaires sociaux, suscite des interrogations (§1). Celles-ci surmontées, la participation assurée par le conseil d'entreprise est totale ; elle se substitue entièrement à celle des acteurs concurrents de l'entreprise (§2).

§1. Une mise en place difficile

342. La détermination des entreprises éligibles à la mise en place du conseil d'entreprise est incertaine (I). Un marchandage délicat entre les partenaires sociaux est aussi attendu (II).

I. Une éligibilité incertaine

343. Le seuil d'effectif. La mise en place du conseil d'entreprise n'est légalement subordonnée à aucune condition d'effectif²⁰⁹⁰. Certains auteurs ont estimé que procédant d'une « *métamorphose* »²⁰⁹¹ ou d'une « *transformation* »²⁰⁹² du comité social et économique, le conseil d'entreprise pouvait être mis en place dans les entreprises d'au moins onze salariés²⁰⁹³. Un auteur a mis en avant que le crédit d'heures de délégation des membres du conseil d'entreprise est fixé en référence à l'effectif de

²⁰⁹⁰ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 404, p. 328.

²⁰⁹¹ B. TEYSSIÉ, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011.

²⁰⁹² G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227.

²⁰⁹³ F. PETIT, « Les mutations de la représentation des personnels. Du comité social et économique au conseil d'entreprise », *RDS* 2020. 7.

l'entreprise²⁰⁹⁴, sans aucun plancher²⁰⁹⁵. L'article L. 2321-1 du Code du travail précise aussi que le conseil d'entreprise exerce les attributions du comité social et économique, qu'il soit implanté dans les entreprises dont l'effectif est inférieur ou supérieur à cinquante salariés²⁰⁹⁶. Selon un auteur, cette disposition reviendrait à doter le conseil d'entreprise constitué dans les entreprises de moins de cinquante salariés des attributions d'un comité social et économique de plein exercice, ce qui ne serait pas justifié²⁰⁹⁷. C'est pourquoi, seules les entreprises de plus de cinquante salariés peuvent instituer un conseil d'entreprise²⁰⁹⁸. Le conseil d'entreprise suppose un transfert de la fonction de négociation dévolue aux délégués syndicaux, c'est-à-dire des acteurs dont la présence suppose l'effectif de cinquante salariés²⁰⁹⁹. Pour les entreprises de moins de cinquante salariés, la négociation substitutive est désormais ouverte²¹⁰⁰, tant s'agissant des interlocuteurs que des thèmes de la négociation²¹⁰¹. L'utilité de la

²⁰⁹⁴ C. trav., art. R. 2321-1.

²⁰⁹⁵ L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116.

²⁰⁹⁶ P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 : « L'ordonnance ne précise pas l'effectif de l'entreprise au sein de laquelle peut être mis en place un conseil d'entreprise, mais ses attributions et modalités de fonctionnement étant calquées sur celles du comité social et économique quelle que soit la taille de l'entreprise, il doit pouvoir être mis en place y compris dans les entreprises de moins de 50 salariés, à partir de 11 salariés » ; M. PERILLI, C. DELANNOY & E. REYNAUD, « Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? », *Cah. DRH* 2018, n° 250, p. 121.

²⁰⁹⁷ S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « le conseil d'entreprise est amené à exercer l'ensemble des attributions définies au chapitre II du titre 1^{er} du livre III du Code du travail, c'est-à-dire toutes les prérogatives d'un comité social et économique implanté dans une entreprise d'au moins 50 salariés. L'on peine à imaginer que dans une TPE, sous prétexte qu'aurait été constitué un conseil d'entreprise, devraient être effectuées l'ensemble des consultations obligatoires d'un comité social et économique ».

²⁰⁹⁸ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 404, p. 329 ; A. TEISSIER, « Le conseil d'entreprise : repères pratiques », *JCP S* 2018. 1318.

²⁰⁹⁹ B. TEYSSIÉ, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011 : « Tout comité social et économique peut être métamorphosé en conseil d'entreprise dès lors qu'il est constitué dans une entreprise d'au moins cinquante salariés. Ce seuil s'impose eu égard à la logique d'une opération qui vise à transférer à l'instance élue de représentation du personnel l'essentiel de la fonction des délégués syndicaux, donc d'acteurs du jeu social dont la présence suppose que soit réuni l'effectif précédent » ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « le fait que le conseil d'entreprise reprenne le rôle de négociation des délégués syndicaux plaide pour que soit retenu le seuil de cinquante salariés qui conditionne leur présence » ; Contra L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116.

²¹⁰⁰ Cf. *supra* n° 302 et n° 306.

²¹⁰¹ C. trav., art. L. 2232-23-1.

constitution d'un conseil d'entreprise est moins évidente²¹⁰² que pour les entreprises de plus de cinquante salariés dépourvues de délégués syndicaux²¹⁰³.

344. L'accord collectif de mise en place. Dans ces dernières, indifféremment de l'effectif²¹⁰⁴, l'accord constitutif du conseil d'entreprise est un accord de branche étendu²¹⁰⁵. Celui-ci ne peut imposer la création d'un conseil d'entreprise²¹⁰⁶ ; il peut le proposer aux employeurs de la branche, lesquels appliqueront unilatéralement l'accord²¹⁰⁷. L'accord de branche étendu peut aussi subordonner la création du conseil d'entreprise à un accord conclu avec les élus du comité social et économique par le

²¹⁰² P. ROGEZ & L. GOASDOUE, « Le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? », *JCP S* 2017. 312 : « *En pratique, l'intérêt du conseil d'entreprise dépendra surtout de l'effectif de l'entreprise. Dans les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de délégué syndical, l'employeur est autorisé à négocier directement avec le comité social et économique sur tous les sujets. L'utilité du conseil d'entreprise y est donc très relative* » ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 ; G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227.

²¹⁰³ M. PERILLI, C. DELANNOY & E. REYNAUD, « Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? », *Cah. DRH* 2018, n° 250, p. 121 ; P. ROGEZ & L. GOASDOUE, « Le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? », *JCP S* 2017. 312 : « *le conseil d'entreprise peut présenter un réel intérêt pour les entreprises de 50 salariés et plus dépourvues de délégués syndicaux : dans ces structures, la négociation avec les élus du comité social et économique non mandatés ne peut porter que sur les accords collectifs de travail relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif. La mise en place du conseil d'entreprise permet à l'employeur et aux élus de retrouver une pleine capacité de négociation* ».

²¹⁰⁴ P. ROGEZ & L. GOASDOUE, « Le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? », *JCP S* 2017. 312 : « *Le critère pris en compte étant la présence ou non de délégués syndicaux, toute entreprise, quelle que soit sa taille, pourra se doter d'un tel comité* ».

²¹⁰⁵ C. trav., art. L. 2321-2, al. 1.

²¹⁰⁶ B. TEYSSIÉ, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011 ; *Contra* A. TEISSIER, « Le conseil d'entreprise : repères pratiques », *JCP S* 2018. 1318 : « *Dans la mesure où l'accord de branche s'impose à l'ensemble des entreprises relevant de son champ d'application, il convient de se préserver d'une possible application automatique d'un tel dispositif. Selon la rédaction retenue, toutes les entreprises de la branche pourraient en effet se voir contraintes de transformer leur comité social et économique en conseil d'entreprise au seul constat qu'elles sont dépourvues de délégué syndical. Il apparaît donc essentiel que l'accord de branche précise qu'il offre une option pour éviter cet écueil* ».

²¹⁰⁷ A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204 ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « *Le rôle de la branche devrait en effet se limiter à une "autorisation de transformation" pour les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Il revient alors à chaque employeur de choisir s'il souhaite faire usage de la faculté ouverte par les stipulations de l'accord de branche* » ; L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116 : « *la transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise ne s'opère que dans la mesure où l'employeur en prend la décision, en application d'un accord de branche étendu, après avoir consulté et informé le comité social et économique sur le sujet* ».

biais de la négociation collective substitutive²¹⁰⁸. Lorsque l'entreprise est pourvue de délégués syndicaux, le conseil d'entreprise est mis en place par accord d'entreprise majoritaire à durée indéterminée²¹⁰⁹. Le référendum des salariés pour pallier le défaut de majorité²¹¹⁰ et le recours à la négociation collective substitutive sont exclus²¹¹¹. L'intervention syndicale, au niveau de la branche ou de l'entreprise, est toujours assurée lors de la mise en place du conseil d'entreprise²¹¹². L'intervention directe des salariés dans le processus de constitution du conseil d'entreprise aurait pu être privilégiée²¹¹³. Un délégué syndical majoritaire dans l'entreprise peut priver d'autres délégués syndicaux de leur pouvoir de négociation, ce qui est « *déroutant* »²¹¹⁴. La négociation laisse de surcroît place à un marchandage délicat avec l'employeur.

II. Un marchandage délicat

345. Le droit de veto minimaliste mais incontournable. La mise en place du conseil d'entreprise suppose la fixation, dans l'accord constitutif, de thèmes pour lesquels son avis conforme sera nécessaire. Le code du travail suggère le thème de l'égalité professionnelle et impose celui de la formation professionnelle²¹¹⁵. À l'origine, la loi

²¹⁰⁸ M. PERILLI, C. DELANNOY & E. REYNAUD, « Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? », *Cah. DRH* 2018, n° 250, p. 121 : « aucun texte n'interdit à une branche de subordonner la mise en place d'un conseil d'entreprise à la conclusion d'un accord d'entreprise signé selon les modalités dérogatoires » ; R. CHISS, « Le conseil d'entreprise : remarques prospectives », *JCP S* 2018. 1228 : « Les branches pourraient peut-être s'emparer du sujet en autorisant expressément les élus du comité social et économique, dans les entreprises sans délégué syndical, à transformer le comité social et économique en conseil d'entreprise ».

²¹⁰⁹ C. trav., art. L. 2321-2, al. 1.

²¹¹⁰ C. trav., art. L. 2232-12, al. 1.

²¹¹¹ L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116.

²¹¹² J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415.

²¹¹³ P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 : « ne conviendrait-il pas de laisser à l'avenir aux seuls salariés de l'entreprise le choix de le mettre en place, même en l'absence de tout accord collectif ? » ; G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 : « il aurait été concevable que le "transfert" du pouvoir de négocier soit décidé par les salariés eux-mêmes, au terme d'un référendum ».

²¹¹⁴ Y. FERKANE, « Syndicats et négociation collective », *Dr. soc.* 2020. 119 : « il est déroutant d'admettre qu'un délégué syndical, parce que désigné par un syndicat majoritaire, puisse disposer de son pouvoir de négocier mais aussi de celui des autres délégués syndicaux présents et à venir ».

²¹¹⁵ C. trav., art. L. 2321-3 : « L'accord prévu à l'article L. 2321-2 fixe la liste des thèmes tels que l'égalité professionnelle, soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise. La formation professionnelle constitue un thème obligatoire ».

d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social visait, au titre du droit de veto du conseil d'entreprise, la formation professionnelle, l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et celui du renforcement de l'emploi des personnes handicapées au sein de l'entreprise²¹¹⁶. Le rapport au Président de la République remis lors de l'adoption de l'ordonnance n° 2017-1386 évoquait les mêmes thèmes²¹¹⁷. Les débats parlementaires consécutifs ont fait fi du thème de l'emploi des personnes handicapées, au bénéfice des thèmes de la formation professionnelle et de l'égalité professionnelle, présentés comme obligatoires²¹¹⁸. Celui de l'égalité professionnelle a finalement été présenté comme illustratif²¹¹⁹. En raison de ces attermolements, une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur du caractère obligatoire des deux thèmes²¹²⁰. Certains auteurs ont entériné le

²¹¹⁶ L. n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 2, *JORF* n° 0217, 16 sept. 2017, texte n° 3.

²¹¹⁷ Rapport au Président de la République, Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223, 23 sept. 2017, texte n° 30 : « Pour les entreprises qui concluent un accord majoritaire sur le sujet, il sera possible d'aller plus loin, et de mettre en place une codécision à la française, via le conseil d'entreprise. Des thèmes déterminants pour les salariés comme la formation ou l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, ou l'insertion des salariés handicapés, pourront ainsi être cogérés par les élus et l'employeur ».

²¹¹⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE, XV^e législature, Commission des affaires sociales, Compte rendu n° 17, 7 nov. 2017, p. 6 : « Il sera intéressant de suivre l'évolution des comités sociaux et économiques ; ce ne sera pas d'emblée le dispositif majoritaire, mais il contribuera à instaurer la vision d'un dialogue social exigeant, parfois frontal mais co-constructif, puisqu'il existera des possibilités de co-décision, notamment - au minimum - en matière d'égalité entre les hommes et les femmes et de formation professionnelle » (nous soulignons) ; M. PÉNICAUD, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 22 nov. 2017, p. 5455 : « À la demande des organisations patronales et syndicales, nous avons convenu (sic) que les deux champs qui devaient un peu automatiquement relever de la co-décision dans ce type d'entreprise optant pour un dialogue social extrêmement poussé sont l'égalité femme-homme et la formation professionnelle, deux thèmes sur lesquels le consensus est en général réel - ceci posé sans exclusive d'autres sujets » (nous soulignons).

²¹¹⁹ A. MILON, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, 20 déc. 2017, p. 73 : « comme le prévoyait l'habilitation, un thème sera dorénavant soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise : la formation. D'autres pourront, en application de l'accord d'entreprise l'instituant, relever d'une procédure identique. Seule l'égalité professionnelle, mentionnée dans la loi d'habilitation, l'a été également à ce titre dans le code du travail » ; *Rappr. JOAN*, 3 juill. 2018, p. 5844, Rép. min., Question n° 5352.

²¹²⁰ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 416, p. 334 : « Si la rédaction de l'article L. 2321-3 du Code du travail semble faire de l'égalité professionnelle un simple exemple de thème pouvant relever d'une procédure d'avis conforme, l'on peine à concevoir que cette disposition soit dotée, notamment sur ce thème, d'une si faible portée » ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 ; B. TEYSSIÉ, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011.

caractère illustratif du thème de l'égalité professionnelle²¹²¹, en recommandant toutefois, par prudence, de l'intégrer dans l'accord constitutif du conseil d'entreprise²¹²².

346. L'erreur du législateur. Les thèmes retenus *a minima* sont des plus timides²¹²³. La formation professionnelle et l'égalité professionnelle sont des thèmes consensuels²¹²⁴, de sorte qu'employeurs et délégués syndicaux n'ont pas autant à perdre dans la négociation constitutive du conseil d'entreprise²¹²⁵. Certaines organisations syndicales l'ont souligné²¹²⁶. Sauf à élargir le droit de veto du conseil d'entreprise, ce à quoi l'employeur se risquera difficilement²¹²⁷, ce dernier abandonne peu, contrairement aux délégués syndicaux²¹²⁸. Le conseil d'entreprise devient seul

²¹²¹ P. LOKIEC, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJS* 2018, n° 1, p. 47 ; G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 ; P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 ; M. PERILLI, C. DELANNOY & E. REYNAUD, « Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? », *Cah. DRH* 2018, n° 250, p. 121 ; A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539 ; A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204 ; J. BRUNIE, « Premières réflexions sur les accords de mise en place du conseil d'entreprise », *JCP S* 2020. 1070.

²¹²² J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415 : « *s'il est certain que la thématique de la formation professionnelle figure sur cette liste et donne lieu à un avis conforme, la question reste ouverte pour l'égalité professionnelle. La prudence commande de considérer que l'avis conforme est également requis en la matière* » ; L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116.

²¹²³ M. VÉRICEL, « Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 924.

²¹²⁴ S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6 ; S. NIEL, « Mettre en place un conseil d'entreprise », *Cah. DRH* 2017, n° 246, p. 30.

²¹²⁵ J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415 : « *le régime légal du conseil d'entreprise impose beaucoup plus de sacrifices aux délégués syndicaux qu'à l'employeur* ».

²¹²⁶ R. CHISS, « Le conseil d'entreprise : remarques prospectives », *JCP S* 2018. 1228 ; L. PIETRASZEWSKI, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Assemblée nationale, 6 juill. 2017, p. 63 : « *Par ailleurs, si l'on se dirige vers une sorte de codécision au sein de ce conseil d'entreprise ou d'établissement, il est sans doute nécessaire d'augmenter le champ de l'avis conforme par rapport à l'avis simple. Pour cela, nous proposons que la fusion des institutions représentatives du personnel s'accompagne d'un élargissement des domaines de consultation qui nécessiteraient un avis conforme du conseil d'entreprise* ».

²¹²⁷ C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 103 ; J. BRUNIE, « Premières réflexions sur les accords de mise en place du conseil d'entreprise », *JCP S* 2020. 1070.

²¹²⁸ P. ROGEZ & L. GOASDOUE, « Le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? », *JCP S* 2017. 312 : « *Pour les organisations syndicales, le pari peut sembler risqué : mettre en place le conseil d'entreprise, c'est perdre l'exclusivité de la négociation d'entreprise* ».

compétent pour négocier, conclure et réviser les accords d'entreprise²¹²⁹. La « monnaie d'échange »²¹³⁰ qu'est l'avis conforme n'est pas suffisante pour les délégués syndicaux qui renoncent à leurs prérogatives de négociation²¹³¹. Elle peut vite être trop importante pour l'employeur²¹³². Ceci explique le peu d'engouement autour du conseil d'entreprise²¹³³. Lier la possibilité d'une codécision du conseil d'entreprise à l'abandon du rôle du délégué syndical dans la négociation collective fût l'erreur du législateur²¹³⁴.

²¹²⁹ C. trav., art. L. 2321-1, al. 1.

²¹³⁰ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.

²¹³¹ A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204 : « La notion d'avis conforme constitue sans doute la contrepartie la plus sérieuse qui pourrait rendre acceptable la mise en place du conseil d'entreprise. En revanche, la limiter à l'égalité professionnelle ou la formation professionnelle (...) semble très insuffisant, s'agissant de thèmes sur lesquels le consensus est relativement facile à trouver ».

²¹³² P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 : « Mais, réflexion faite, quel intérêt pourront avoir les délégués syndicaux à conclure, au nom de leur syndicat, un accord collectif d'entreprise majoritaire qui n'a ni plus ni moins pour effet de les déposséder de leur monopole et même de leur pouvoir de conclure des accords collectifs dans l'entreprise ? N'accepteront-ils de s'engager dans cette voie que s'ils parviennent à obtenir non seulement des moyens supplémentaires, mais aussi que de nombreux thèmes soient soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise ? Mais du coup, ce sont les directions d'entreprise qui pourraient rechigner à faire le choix du conseil d'entreprise. Moyennant quoi, cette innovation de l'ordonnance pourrait à terme ne rester qu'un vœu pieux, voire un gadget ».

²¹³³ R. CHISS, « Le conseil d'entreprise : remarques prospectives », *JCP S* 2018. 1228 ; G. AUZÉRO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 : « réside là l'incitation majeure faite aux délégués syndicaux de signer un texte les dépossédant de l'une de leurs prérogatives essentielles. Mais c'est alors l'employeur qui rechignera certainement à ce que ses prérogatives soient trop largement partagées. Autant dire que le conseil d'entreprise ne devrait pas connaître un succès foudroyant ».

²¹³⁴ FRANCE STRATÉGIE, *Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail. Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation*, Rapport, 2018, p. 40 : « En ce qui concerne le conseil d'entreprise, tant du côté des employeurs que de celui des organisations syndicales, des responsabilités sont favorables à des formes de codécision. Mais le cadre proposé en fixe les objets, qui ne sont pas toujours ceux sur lesquels employeurs et représentants des salariés vont considérer possible ou souhaitable de s'engager dans une pratique inédite. En liant la possibilité de codécision à l'abandon du rôle du délégué syndical dans la négociation, on réduit en outre fortement l'attrait de ce dispositif » (nous soulignons) ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022, n° 686, p. 689.

347. La diversion du législateur. Pour résoudre la difficulté, le législateur a instillé l'idée que les délégués syndicaux intégraient le conseil d'entreprise²¹³⁵. Or, sauf à y être élus, tel n'est pas le cas²¹³⁶. L'accord constitutif du conseil d'entreprise pouvant fixer la composition de la délégation qui négocie les accords collectifs²¹³⁷, les délégués syndicaux peuvent continuer à jouer un rôle dans la négociation²¹³⁸. Il peut s'agir d'une incitation à signer l'accord constitutif du conseil d'entreprise²¹³⁹. Ceux-ci ne peuvent cependant signer les accords collectifs²¹⁴⁰ ; seul le conseil d'entreprise est partie à l'accord conclu avec l'employeur²¹⁴¹. Les règles de conclusion des accords collectifs s'appliquent au conseil d'entreprise et non au groupe de négociation éventuellement constitué²¹⁴².

²¹³⁵ A. TACHÉ, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 22 nov. 2017, p. 5455 : « Les délégués syndicaux ne disparaissent en rien puisqu'ils sont pleinement intégrés dans cette instance unique » ; L. PIETRASZEWSKI, *JOAN*, Compte rendu intégral, 2^e séance du 22 nov. 2017, p. 5455 : « Le conseil d'entreprise comprendra les délégués syndicaux, sous réserve qu'un accord en dispose ainsi. Il n'y a pas d'obligation, il faut qu'un accord prévoyant les modalités de fonctionnement de cette instance ait été adopté. Il s'agit bien d'une expression sereine de la démocratie sociale : les délégués syndicaux seront intégrés » ; L. PAOLI, « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116 : « Si l'on se réfère à l'intention affichée par le gouvernement, (...) les délégués syndicaux seraient de plein droit membres du conseil d'entreprise ».

²¹³⁶ J. BRUNIE, « Premières réflexions sur les accords de mise en place du conseil d'entreprise », *JCP S* 2020. 1070 ; A. SERVOUZE-MERCIER & S. MAYOUX, « Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182 ; J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415.

²¹³⁷ C. trav., art. L. 2321-7 : « Le cas échéant, l'accord prévu à l'article L. 2321-2 peut fixer la composition de la délégation qui négocie les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement ».

²¹³⁸ A. TEISSIER, « Le conseil d'entreprise : repères pratiques », *JCP S* 2018. 1318 ; B. TEYSSIÉ, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011 ; M. PERILLI, C. DELANNOY & E. REYNAUD, « Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? », *Cah. DRH* 2018, n° 250, p. 121.

²¹³⁹ P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77.

²¹⁴⁰ G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 : « en signant l'accord de transformation, les délégués syndicaux ne consentent pas à un partage du pouvoir de négocier ; ils l'abandonnent purement et simplement au conseil d'entreprise. En d'autres termes l'accord fondateur ne saurait être à géométrie variable sur ce point. Tout au plus pourra-t-il prévoir que les délégués syndicaux font partie de la délégation qui négocie les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement. Mais, sauf à être dans le même temps élus au conseil, ils ne pourront signer les conventions et accords collectifs » ; S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 418, p. 336 : « Pour inciter les délégués syndicaux à signer un accord les reléguant à un rôle subalterne, l'accord peut prévoir leur intégration au groupe de négociation ».

²¹⁴¹ P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 ; G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227.

²¹⁴² C. trav., art. L. 2321-9.

348. Conclusion de paragraphe. La mise en place du conseil d'entreprise suppose de préciser les entreprises éligibles au dispositif. Les incertitudes freinent son développement. La réticence à sa mise en place demeure principalement la méthode retenue par le législateur. Le contenu imposé de l'accord constitutif du conseil d'entreprise, au regard des effets sur les prérogatives des délégués syndicaux, laisse perplexe quant à son développement futur. Un bilan de sa mise en place devrait conduire à modifier l'étendue des concessions nécessaires à sa création. L'expansion de sa participation en dépend.

§2. Une participation totale

349. La mise en place du conseil d'entreprise permet une participation totale aux décisions économiques de l'employeur, en raison de sa plénitude d'attributions (I). Elle institue une articulation raisonnée des différentes formes de participation dans l'entreprise (II).

I. Une plénitude d'attributions

350. L'exercice sublimé des attributions du comité social et économique. Le conseil d'entreprise est un comité social et économique « *augmenté* »²¹⁴³, car il est construit sur un comité social et économique déjà existant²¹⁴⁴. Il exerce à ce titre l'ensemble des attributions confiées au comité social et économique²¹⁴⁵. Ceci lui confère déjà un poids conséquent dans l'entreprise²¹⁴⁶. Le code du travail omet toutefois de renvoyer aux attributions du comité social et économique disséminées dans d'autres parties du code, notamment à ses rares droits de veto²¹⁴⁷. Une lecture téléologique des

²¹⁴³ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.

²¹⁴⁴ S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6 ; P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050.

²¹⁴⁵ C. trav., art. L. 2321-1, al. 1.

²¹⁴⁶ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 427, p. 342.

²¹⁴⁷ P. ROGEZ & L. GOASDOUE, « Le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? », *JCP S* 2017. 312.

dispositions conduit néanmoins à les appliquer au conseil d'entreprise²¹⁴⁸. Outre ces thèmes²¹⁴⁹, celui de la formation professionnelle et éventuellement de l'égalité professionnelle, il revient à l'accord constitutif du conseil d'entreprise d'étendre le champ de son avis conforme²¹⁵⁰. Au travers du conseil d'entreprise, l'information-consultation du comité social et économique peut être agrémentée d'« *excroissances décisionnelles* »²¹⁵¹. Les accords constitutifs signés attestent cependant d'une certaine frilosité²¹⁵², de sorte que certaines organisations syndicales conditionnent leur signature à un élargissement de l'avis conforme au thème des conditions de travail des salariés²¹⁵³. Certains auteurs estiment à tort que l'élargissement de l'avis conforme du conseil d'entreprise ne doit pas entraver la liberté d'entreprendre de l'employeur²¹⁵⁴. Cette restriction est hors de propos dès lors que l'employeur aliène lui-même sa liberté

²¹⁴⁸ S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « *En exerçant l'ensemble des attributions définies au chapitre II du titre I^{er} du Livre II du Code du travail, le conseil d'entreprise reprend les compétences du comité social et économique. D'autres attributions du comité figurent toutefois dans d'autres subdivisions du Code du travail et doivent être, à fins de cohérence, également exercées par le conseil d'entreprise* ».

²¹⁴⁹ Cf. *supra* n° 313.

²¹⁵⁰ C. trav., art. L. 2321-3.

²¹⁵¹ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 421, p. 338.

²¹⁵² C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 103 ; J. BRUNIE, « Premières réflexions sur les accords de mise en place du conseil d'entreprise », *JCP S* 2020. 1070 : « *un seul thème doit obligatoirement être soumis à cet avis conforme : la formation professionnelle. La plupart des accords se contentent donc du thème de la formation professionnelle, ne donnant guère un aspect co-décisionnaire au conseil d'entreprise. (...) Certains accords ont ajouté le thème de l'égalité professionnelle, qui n'est autre que l'exemple cité par les rédacteurs de l'ordonnance comme thème à même de faire l'objet d'un avis conforme. L'on trouve aussi un accord ayant ajouté à la formation professionnelle, de manière plus originale, la protection sociale complémentaire des salariés (assurance santé et prévoyance). Néanmoins, dans tous les cas, la prise d'initiative est encore bien faible* » (nous soulignons).

²¹⁵³ FRANCE STRATÉGIE, *Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail. Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation*, Rapport, 2018, p. 113 : « *La CFDT accompagnera les équipes dans les entreprises qui envisageront d'instituer un conseil d'entreprise. Mais ce n'est pas une voie que nous sommes enclins à emprunter spontanément. La codécision qui ne porte que sur la formation professionnelle s'est bien trop restreinte pour promouvoir le conseil d'entreprise. Tant que l'avis conforme n'ira pas jusqu'à la question du travail, de son organisation et de ses conditions de réalisation, il sera difficile d'avancer dans cette direction, et les équipes sont peu enthousiastes à l'idée d'abandonner le double canal* » (nous soulignons).

²¹⁵⁴ S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « *Les parties à l'accord de création du conseil d'entreprise peuvent enrichir la liste, en prenant toutefois soin de ne pas entraver la liberté d'entreprendre* » ; P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 : « *La liberté n'est pas absolue, l'accord devant notamment respecter la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre* ».

en signant l'accord constitutif du conseil d'entreprise²¹⁵⁵. Il est possible d'élargir l'avis conforme du conseil d'entreprise à des décisions économiques d'ampleur, comme les restructurations, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences²¹⁵⁶, voire même à la marche générale de l'entreprise ou à ses orientations stratégiques²¹⁵⁷. Un auteur propose d'élargir l'avis conforme du conseil d'entreprise aux questions environnementales ou d'éthique et, plus généralement, à la responsabilité sociale des entreprises²¹⁵⁸.

351. L'exercice exclusif de la négociation collective. Le comité social et économique devenu conseil d'entreprise soustrait aux délégués syndicaux la mission de conclusion des accords collectifs²¹⁵⁹. Il devient seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise²¹⁶⁰. La négociation sur ses attributions et son fonctionnement interne relève de sa compétence, malgré l'existence de délégués syndicaux dans l'entreprise²¹⁶¹. La négociation obligatoire d'entreprise en ressort également²¹⁶², le législateur ayant expressément mentionné que l'accord constitutif

²¹⁵⁵ G. AUZÉRO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 : « On peut penser que, contrairement à ce qui a pu être suggéré, ce n'est pas la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle qui viendra limiter le contenu de l'accord. Tout dépendra du pouvoir dont est titulaire le représentant de l'employeur appelé à signer l'acte juridique. (...) De notre point de vue, il ne pourra admettre un droit d'opposition que sur des décisions relevant de ses propres pouvoirs ».

²¹⁵⁶ S. NIEL, « Mettre en place un conseil d'entreprise », *Cah. DRH* 2017, n° 246, p. 30 ; S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6 ; P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050.

²¹⁵⁷ A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204 : « D'autres thèmes devraient être soumis à l'avis conforme pour que l'avancée soit réelle, en particulier ceux relevant de la marche générale de l'entreprise et listés à l'article L. 2312-8 du code du travail ou encore les orientations stratégiques de l'entreprise ».

²¹⁵⁸ R. CHISS, « Le conseil d'entreprise : remarques prospectives », *JCP S* 2018. 1228.

²¹⁵⁹ A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204 : « Le passage au conseil d'entreprise implique ainsi l'éviction d'une prérogative essentielle des organisations syndicales qui consiste en la négociation et la conclusion d'accords collectifs. Si la présence des organisations syndicales représentatives subsiste via le délégué syndical, celui-ci voit son rôle réduit à la fonction revendicative » ; S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 423, p. 339 : « Une fois le conseil d'entreprise créé, les délégués syndicaux sont cantonnés à une fonction revendicative et de promotion de leur organisation. Seule leur appartenance éventuelle au groupe de négociation pourrait atténuer cette mise en retrait. La substitution du conseil d'entreprise aux délégués syndicaux est totale ; elle interdit l'application des règles relatives à la négociation dans les entreprises dépourvues de tels délégués ».

²¹⁶⁰ C. trav., art. L. 2321-1, al. 1.

²¹⁶¹ Cf. *supra* n° 244.

²¹⁶² C. trav., art. L. 2242-1 et s.

peut fixer, sur le modèle de l'article L. 2242-10 du Code du travail²¹⁶³, la périodicité de tout ou partie des thèmes de négociation du conseil d'entreprise²¹⁶⁴. Abordant des thèmes communs, l'articulation entre les informations-consultations récurrentes et la négociation obligatoire d'entreprise devient opérante²¹⁶⁵. Elle est aussi favorisée par les informations dont dispose le comité social et économique transformé en conseil d'entreprise²¹⁶⁶.

352. L'équivalence des majorités, facteur de production conventionnelle.

L'équivalence des majorités posée par l'article L. 2321-9 du Code du travail favorise la production conventionnelle du conseil d'entreprise²¹⁶⁷. L'accord d'entreprise est valide lorsqu'il est signé par la majorité des membres titulaires élus du conseil d'entreprise *ou* par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles²¹⁶⁸. La première règle de majorité est prise en référence à la négociation sur le fonctionnement du comité social et économique en l'absence de délégué syndical²¹⁶⁹ ; la seconde prend appui sur la négociation collective substitutive conduite avec le comité social et économique²¹⁷⁰. Selon un auteur, la validité de l'accord collectif signé par le conseil d'entreprise est conditionnée par l'une ou l'autre de ces deux conditions²¹⁷¹. La conjonction de coordination *ou* employée par le texte est en ce sens. Mais la doctrine s'est interrogée

²¹⁶³ C. trav., art. L. 2242-10 : « Dans les entreprises mentionnées à l'article L. 2242-1, peut être engagée, à l'initiative de l'employeur ou à la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative, une négociation précisant le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans le groupe, l'entreprise ou l'établissement ».

²¹⁶⁴ C. trav., art. L. 2321-8 : « L'accord prévu à l'article L. 2321-2 peut fixer la périodicité de tout ou partie des thèmes de négociation du conseil d'entreprise ».

²¹⁶⁵ V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 112, p. 95.

²¹⁶⁶ S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6.

²¹⁶⁷ J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415.

²¹⁶⁸ C. trav., art. L. 2321-9 : « La validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature par la majorité des membres titulaires élus du conseil ou par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Pour l'appréciation de ce dernier seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin ».

²¹⁶⁹ C. trav., art. L. 2312-19 et s.

²¹⁷⁰ C. trav., art. L. 2232-25.

²¹⁷¹ A. TEISSIER, « Le conseil d'entreprise : repères pratiques », *JCP S* 2018. 1318.

sur la possibilité pour l'accord constitutif du conseil d'entreprise de privilégier une règle majoritaire au détriment d'une autre²¹⁷². Certains auteurs ont estimé que les négociateurs disposaient de cette liberté²¹⁷³. Au contraire, d'autres ont mis en exergue le caractère d'ordre public de cette règle²¹⁷⁴. Il semble que l'esprit du législateur soit de favoriser la production conventionnelle du conseil d'entreprise en permettant à une condition majoritaire de rattraper celle qui fait défaut²¹⁷⁵. Par conséquent, la double règle de majorité s'imposerait aux négociateurs de l'accord constitutif du conseil d'entreprise²¹⁷⁶. Cette adoption facilitée des accords collectifs permet une articulation

²¹⁷² S. NADAL & I. ODOUL-ASOREY, *Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions*, Dalloz, 2022, n° 88 : « La question se pose de savoir si l'alternative ainsi prévue par la loi s'impose comme telle ou si l'accord collectif de mise en place du conseil d'entreprise peut opter pour l'une ou l'autre des modalités ».

²¹⁷³ P. ROGEZ & L. GOASDOUE, « Le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? », *JCP S* 2017. 312 : « le texte n'imposant pas à l'accord d'opter pour l'une des deux modalités de signature prévues par l'ordonnance, les parties à l'accord seront libres d'en choisir une ou, à l'inverse, de se réserver la faculté d'opter pour l'une ou l'autre selon les cas » ; A. SERVOUZE-MERCIER & S. MAYOUX, « Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182 : « l'article L. 2321-7 du Code du travail laisse le champ libre à l'accord pour fixer les règles relatives à la majorité requise pour l'adoption d'un accord collectif par le conseil. Les syndicats, mêmes présents dans le conseil d'entreprise, ne disposant d'aucun monopole - exit donc la majorité de 50 % -, les fondateurs du conseil ont la possibilité de moduler comme bon leur semble la majorité nécessaire (majorité en tête, majorité par rapport aux suffrages exprimés aux dernières élections, majorité qualifiée en nombre, etc.) et d'adapter celle-ci selon le thème de négociation » ; S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 425, p. 341 : « Ces deux formules cohabitent sans que l'une soit privilégiée par le législateur. La mise en œuvre de la première apparaît plus simple. Il est pertinent d'en retenir une dans l'accord portant création du conseil d'entreprise, en précisant la manière dont la majorité requise est appréciée » ; S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6 ; S. NIEL, « Mettre en place un conseil d'entreprise », *Cah. DRH* 2017, n° 246, p. 30 : « le choix entre l'un ou l'autre de ces décomptes de majorité peut être envisagé dans le cadre de l'accord instituant le conseil d'entreprise » ; S. RIOCHE, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77 : « Il est loisible aux parties à l'accord instituant le conseil d'entreprise d'opter pour l'une des branches de l'alternative » ; M. PERILLI, C. DELANNOY & E. REYNAUD, « Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? », *Cah. DRH* 2018, n° 250, p. 121.

²¹⁷⁴ A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204 : « À notre sens, dans la mesure où les conditions de validité d'un accord collectif énoncées par la loi relèvent du champ de l'ordre public absolu et ne peuvent pas être modifiées par l'accord des parties, et où la loi prévoit uniquement que l'accord instituant le conseil d'entreprise précise "les modalités selon lesquelles les négociations se déroulent" mais non selon lesquelles l'accord est conclu, l'accord ne devrait pas pouvoir se prononcer à cet égard et les deux options légales devraient être impérativement alternatives » ; A. TEISSIER, « Le conseil d'entreprise : repères pratiques », *JCP S* 2018. 1318 : « À notre sens, les modalités d'appréciation de la validité des accords conclus avec le conseil d'entreprise ne constituent pas des dispositions pouvant faire l'objet de négociations » ; J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415.

²¹⁷⁵ S. NIEL, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6 ; S. NIEL, « Mettre en place un conseil d'entreprise », *Cah. DRH* 2017, n° 246, p. 30.

²¹⁷⁶ J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415.

raisonnée des formes de participation du conseil d'entreprise, en permettant le passage de la négociation à son avis conforme sur certaines décisions, et réciproquement²¹⁷⁷.

II. Une articulation raisonnée des formes de participation

353. La perméabilité des formes de participation. L'avis conforme et la négociation collective sont deux formes de participation du conseil d'entreprise, lesquelles cohabitent, mais ne se confondent pas²¹⁷⁸. La première implique un acquiescement du conseil d'entreprise à une décision unilatérale de l'employeur²¹⁷⁹. La seconde renvoie davantage à une négociation sur la décision²¹⁸⁰. La perméabilité de ces deux formes de participation est toutefois fréquente, car certains thèmes, comme l'égalité professionnelle, relèvent des deux²¹⁸¹. La frontière entre les deux formes de participation est difficile à tracer dès lors qu'elle implique le même interlocuteur²¹⁸². Un auteur y voit une rivalité génératrice de confusion²¹⁸³. Ces deux formes de participation semblent pourtant devoir entrer en combinaison²¹⁸⁴. Au travers du conseil

²¹⁷⁷ C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 114 : « Promouvoir le “conseil d'entreprise” revient donc à réfléchir aux formes possibles d'une négociation collective pensée dans son articulation avec la codétermination ».

²¹⁷⁸ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 428, p. 343 ; G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608 : « En vérité, les logiques qui sous-tendent respectivement la promotion de l'avis conforme et celle de la négociation ne peuvent se confondre en ce qu'elles n'induisent pas à l'identique l'idée d'un partage de responsabilités ».

²¹⁷⁹ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 427, p. 342.

²¹⁸⁰ G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608.

²¹⁸¹ P. RÉMY, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050 ; A. CORMIER LE GOFF & J. KRIVINE, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204 : « La pertinence du choix de ces deux thèmes par le législateur interroge dans la mesure où ils font précisément partie de ceux qui, initialement réservés au domaine de la consultation, investissent de manière croissante le champ de la négociation collective, notamment depuis la loi avenir professionnel du 5 septembre 2018. Le choix de conférer un droit d'opposition au conseil d'entreprise précisément sur des sujets qui relèvent de la négociation collective, dont le conseil sera donc lui-même investi, rend quelque peu complexe le partage des lignes ».

²¹⁸² G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 : « la distinction entre la procédure d'avis conforme et la négociation collective, qui mettront aux prises les mêmes protagonistes, risque de s'avérer délicate ».

²¹⁸³ G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608.

²¹⁸⁴ F. FAVENNEC-HÉRY, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Dr. soc.* 2013. 250.

d'entreprise, le droit français consacre pour partie l'exigence européenne d'une information-consultation « *en vue de parvenir à un accord* »²¹⁸⁵. L'information-consultation du conseil d'entreprise, avec avis conforme, revêt « *plus de cohérence* »²¹⁸⁶ en étant relayée institutionnellement par la négociation collective. Celle-ci s'affirme comme le « *prolongement naturel* »²¹⁸⁷ de l'information-consultation ; elle est de nature à renforcer la participation du comité social et économique transformé en conseil d'entreprise²¹⁸⁸.

354. L'articulation fonctionnelle des formes de participation. L'avis conforme du conseil d'entreprise n'est pas générateur d'un blocage permanent²¹⁸⁹. L'accord constitutif du conseil d'entreprise peut l'accompagner d'une procédure de règlement

²¹⁸⁵ Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 4, § 4, JOUE n° L. 080, 23 mars 2002, p. 0029 ; I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT & W. WARNECK, *L'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. Transposition de la Directive 2002/14/CE*, Rapport, Bruxelles, ETUI-REHS, 2006, p. 30.

²¹⁸⁶ R. VATINET, « Les experts du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1166 : « Dès lors qu'aucun droit de négociation n'est reconnu au comité d'entreprise dans le prolongement de ses droits d'information et de consultation (anomalie majeure dans la conception de cette institution, mais anomalie désormais irréversible), cette institution représentative du personnel est toujours demeurée inachevée, ambiguë quant à son utilité et à la portée réelle du mode de participation à la gestion qu'elle représente. Les attributions économiques du comité d'entreprise revêtent plus de cohérence en étant ainsi relayées institutionnellement par la négociation d'entreprise » ; I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT & W. WARNECK, *L'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. Transposition de la Directive 2002/14/CE*, Rapport, Bruxelles, ETUI-REHS, 2006, p. 29 : « la consultation s'entend d'un échange de vue et d'un dialogue en vue d'aboutir à un accord sur les décisions relevant des pouvoirs de l'employeur en matière d'emploi. La finalité du droit d'information et de consultation est donc une obligation de négocier pour rechercher un consensus sur les modalités et les conséquences des décisions managériales ».

²¹⁸⁷ R. VATINET, « La négociation au sein du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1982. 675.

²¹⁸⁸ M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, p. 373 : « Il est "artificiel" d'opposer consultation et négociation en ce sens que la première n'est qu'une étape. Elle a valeur éducative mais elle a vocation à être dépassée » ; B. TEYSSIÉ, « Le principe de compétitivité en droit du travail », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, *Economica*, 2008, p. 405, spéc. p. 409 : « Le dialogue naît, dans l'entreprise, des mécanismes d'information et de consultation des représentants des salariés. Il s'épanouit lorsque sont négociés des conventions et accords collectifs » (nous soulignons) ; J. BARTHÉLÉMY, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737 : « fondamentalement la consultation n'a de sens que si c'est pour déboucher sur un accord, sauf à la réduire à du formalisme auquel on ne s'intéresse qu'en raison du risque de délit d'entrave ».

²¹⁸⁹ J.-P. LIEUTIER, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415 : « le risque de blocage de l'entreprise lié aux avis conformes peut être considérablement réduit, voire anéanti, par l'ajout de clauses spécifiques dans l'accord constitutif ».

du désaccord²¹⁹⁰, voire d'une invitation à la négociation avec l'employeur²¹⁹¹. La négociation pourrait même être stimulée par la volonté d'échapper à la procédure de règlement du désaccord²¹⁹². Au terme de l'information-consultation ponctuée par un veto du conseil d'entreprise peut s'ouvrir une négociation sur la décision²¹⁹³, que l'acte final soit un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur modifiée après négociations avec le conseil²¹⁹⁴. La pratique révèle que les activités de consultation et de négociation s'entremêlent²¹⁹⁵, la négociation s'y épanouissant à des degrés différents²¹⁹⁶. La participation par la négociation du comité social et économique transformé en conseil d'entreprise entrebâille une conception nouvelle de sa participation aux décisions économiques de l'entreprise²¹⁹⁷, et de l'exercice du pouvoir par l'employeur²¹⁹⁸.

²¹⁹⁰ G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 : « *l'accord fondateur pourra comporter des stipulations de nature à dépasser l'opposition du conseil d'entreprise* » ; S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 427, p. 342 : « *Pour prévenir un excès de paralysie préjudiciable à l'entreprise, les parties à l'acte fondateur ont intérêt à ne soumettre à avis conforme que des questions relativement consensuelles et à organiser une procédure de règlement des éventuels désaccords* » ; G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608.

²¹⁹¹ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018, n° 428, p. 343 : « *Lorsque le conseil d'entreprise refuse de donner un avis conforme sur un point relevant de cette procédure, l'ouverture d'une négociation peut offrir une issue au désaccord constaté* ».

²¹⁹² R. CHISS, « Le conseil d'entreprise : remarques prospectives », *JCP S* 2018. 1228 : « *rien n'interdit dans l'accord fondateur du conseil d'entreprise de s'inspirer du modèle allemand et d'instituer, par exemple, une instance de départage en cas de blocage. Vu sous cet angle, l'avis conforme du conseil d'entreprise ne serait plus nécessairement assimilé à un droit de veto mais vu comme une incitation à la négociation, une incitation à s'entendre plutôt qu'à devoir recourir à un tiers pour arbitrer* ».

²¹⁹³ G. AUZERO, « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227 : « *Au demeurant, si l'employeur ne souhaite pas se heurter à l'opposition du conseil d'entreprise, il lui faudra certainement ouvrir avec lui un dialogue* ».

²¹⁹⁴ C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 39.

²¹⁹⁵ V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010, n° 115, p. 98.

²¹⁹⁶ C. THUDEROZ, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021, p. 41.

²¹⁹⁷ A. FABRE, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539 : « *le conseil d'entreprise peut être vu comme l'incarnation unique du principe de participation : il réalise l'exploit de réunir entre ses mains les deux missions que l'histoire des relations collectives a isolées l'une de l'autre : consultation et négociation* ».

²¹⁹⁸ B. TEYSSIÉ, « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011 : « *Un dialogue permanent devra être entretenu par le chef d'entreprise avec les membres du conseil. L'un devra s'accoutumer à un exercice partagé du pouvoir ; les autres, pour que cet exercice partagé ne se termine pas par l'anéantissement de l'entreprise, devront s'accoutumer à privilégier l'intérêt de celle-ci. En être co-gestionnaire impose de se projeter au-delà des seules revendications de ses électeurs. Être associé à l'exercice du pouvoir éloigne du confort qu'assure le seul exercice de fonctions tribunitiennes* ».

355. Conclusion de paragraphe. Le conseil d'entreprise, par absorption des prérogatives de négociation du délégué syndical et d'information-consultation du comité social et économique, entre dans une ère de participation totale aux décisions. Son intervention n'est plus segmentée, contrairement à celle du comité social et économique. L'articulation entre information-consultation et négociation devient possible. Elle permet au comité social et économique devenu conseil d'entreprise d'asseoir sa participation dans l'entreprise de manière permanente et cohérente.

356. Conclusion de section. L'avènement d'une instance unique de participation, par la transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise, préfigure une évolution remarquable de la représentation du personnel dans l'entreprise. Pour l'heure, sa mise en place est soumise à la volonté des partenaires sociaux. Il n'est toutefois pas inconcevable que le législateur impose prochainement sa généralisation. Il en résulterait une fusion des attributions d'information-consultation et de négociation, gage d'une participation accrue aux décisions économiques de l'entreprise.

357. Conclusion de chapitre. La transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise laisse présager une nette évolution de sa participation aux décisions économiques. Des incertitudes demeurent çà et là dans les dispositions consacrées au conseil d'entreprise. Mais la force de l'instance réside dans sa capacité à capter l'intégralité des formes de participation de la représentation du personnel dans l'entreprise : l'information, la consultation et la négociation. Sans doute revient-il au législateur de ponctuer cette évolution de la participation du comité social et économique en généralisant le conseil d'entreprise. L'articulation possible entre ces formes de participation renforcerait l'activité de négociation sur les décisions de l'employeur.

358. Conclusion de titre. La participation du comité social et économique par la négociation sur la décision demeure ponctuelle. Il comble l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise dans la négociation collective. Ses rares droits de veto peuvent aussi muter en une négociation avec l'employeur sur la décision unilatérale projetée. Cette participation par la négociation peut devenir permanente avec la

consécration d'une instance unique de participation : le conseil d'entreprise. Il permet une participation par la négociation avec l'avis conforme et la négociation collective. Leur articulation en est facilitée. L'information-consultation, l'avis conforme et la négociation, formes de participation disjointes pour le comité social et économique, peuvent fonctionner de concert avec le conseil d'entreprise.

359. Conclusion de partie. En sus de l'information-consultation, la participation du comité social et économique se réalise par le biais de la négociation. Plus récente, elle se décline en deux phases. La négociation s'exerce d'abord sur les conditions de la participation du comité social et économique, laquelle est désormais tributaire de la négociation collective. Une réflexion sur les acteurs de cette négociation a été entreprise. La négociation est ensuite fonction d'un contexte, l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise, et d'une volonté de l'employeur, celle de dépasser l'opposition du comité social et économique sur un projet de décision lorsqu'il oppose son veto. Ces occurrences de la participation du comité social et économique par la négociation ne sont toutefois que ponctuelles. La nouveauté constituée par le conseil d'entreprise peut rendre cette négociation permanente. Le conseil d'entreprise concentre les attributions d'information, de consultation et de négociation collective dans l'entreprise, par fusion des institutions représentatives du personnel existantes. Il est l'interlocuteur permanent de l'employeur. Sa participation aux décisions économiques unilatérales ou négociées de l'entreprise en ressort sublimée.

Conclusion

360. Une participation historique. Depuis la création du comité d'entreprise, renommé depuis lors comité social et économique, sa participation aux décisions économiques de l'entreprise se réalise principalement au travers de l'information-consultation. Le procédé n'a pas fondamentalement changé depuis son instauration. Même négatif, l'avis rendu par le comité social et économique ne lie pas l'employeur chargé de le solliciter. Celui-ci conserve la maîtrise du pouvoir décisionnel dans l'entreprise, en tant qu'il demeure responsable de sa gestion. L'information du comité social et économique, destinée à éclairer sa consultation future, est omniprésente. Elle tend à l'exubérance. Ses fonctions évoluent aussi. Elle devient le moyen principal pour contester la régularité de la consultation du comité social et économique. La consultation du comité social et économique a pour objet de permettre, fût-ce de manière hypothétique, d'influer sur le projet de décision de l'employeur en y adjoignant l'expression des intérêts des salariés. La sédimentation nébuleuse des textes sur la consultation du comité social et économique trouble cette fonction première. La consultation est supprimée en certaines hypothèses où elle s'avérait pertinente ; elle est requise là où son effet utile peut être contesté. L'absence de réflexion et de systématisation de la consultation du comité social et économique rend difficile l'épanouissement de sa fonction originelle. Les sanctions du défaut et de l'irrégularité de l'information-consultation du comité social et économique n'assurent pas non plus le strict respect de ses attributions. En intervenant trop tardivement ou trop faiblement, elle ne protègent pas suffisamment sa participation aux décisions. L'exploration de nouvelles sanctions peut permettre la sauvegarde des attributions du comité social et économique.

361. Une participation émergente. La participation du comité social et économique aux décisions économiques de l'entreprise accuse une transformation plus récente. Sa participation est devenue un objet de négociation. Celle-ci porte sur ses attributions et son fonctionnement interne. Le comité social et économique en est un acteur. Son intervention dans la négociation a lieu dans l'hypothèse d'un défaut de représentation

syndicale dans l'entreprise. La participation du comité social et économique étant pour partie tributaire de cette négociation, une réflexion sur ses acteurs a été entreprise. Elle conduit à privilégier le comité social et économique dans la négociation sur sa participation, au détriment du monopole syndical de négociation collective. La participation du comité social et économique par la négociation se manifeste plus généralement lorsqu'il est érigé en un acteur substitutif de négociation collective. L'existence de rares droits de veto à son bénéfice y participe. L'employeur qui souhaite adopter la décision malgré l'apposition du veto par le comité social et économique est sommé de rentrer en négociation avec lui, pour surmonter son opposition à la décision.

362. Une participation finale. La possibilité offerte aux partenaires sociaux de transformer le comité social et économique en conseil d'entreprise laisse présager une évolution radicale de la participation aux décisions. Aujourd'hui proposé, le conseil d'entreprise pourrait, demain, s'imposer. Il emporte fusion du double canal de représentation dans l'entreprise et des attributions qui en découlent. L'information, la consultation et la négociation peuvent s'exprimer de manière articulée, au service d'une participation plus vigoureuse. La parenté de ces différentes formes de participation invite à la transformation du comité social et économique en conseil d'entreprise. L'extension du champ matériel de son avis conforme contribue aussi à repenser le rôle de la représentation du personnel dans la société et ses organes sociaux. Son implication dans la gestion de la société est encore timide. Mais sa place est déjà assurée. À l'image du comité d'entreprise, le comité social et économique est une institution « *instable, ouverte, et son avenir n'est donc pas tracé d'avance* »²¹⁹⁹.

²¹⁹⁹ J.-P. LE CROM, « Le comité d'entreprise : une institution sociale instable », in *L'enfance des comités d'entreprise. De leur genèse dans les conditions de la défaite de 1940 à leur enracinement dans les années 1950*, Actes du colloque des 22 et 23 mai 1996, Roubaix, CAMT, 1997, p. 173.

Bibliographie

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX ET TRAITÉS

ANTONMATTEI (P.-H.)

- *Droit du travail*, 2^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2022.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.) & DOCKÈS (E.)

- *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023.

BÉNABENT (A.)

- *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021.
- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^e éd., LGDJ, 2019.

BOULOC (B.)

- *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2021.

BURDEAU (G.)

- *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, t. VII, 2^e éd., LGDJ, 1973.

CATALA (N.)

- *Traité de droit du travail. L'entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980.

COEURET (A.), FORTIS (E.) & DUQUESNE (F.)

- *Droit pénal du travail*, 7^e éd., LexisNexis, 2022.

COHEN (M.) & MILET (L.)

- *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 14^e éd., LGDJ, 2019.
- *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 16^e éd., LGDJ, 2021.
- *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 17^e éd., LGDJ, 2022.
- *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 18^e éd., LGDJ, 2023.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) & DEBOISSY (F.)

- *Droit des sociétés*, 35^e éd., LexisNexis, 2022.

DELEBECQUE (P.)

- *Droit maritime*, 14^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2020.

DESPAX (M.)

- *Traité de droit du travail. Négociations, conventions et accords collectifs*, t. 7, 2^e éd., Dalloz, 1989.

FABRE-MAGNAN (M.)

- *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., PUF, coll. Thémis, 2021.

FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.-Y.) & DUCHANGE (G.)

- *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, 2022.

FAVOREU (L.) & alii

- *Droit constitutionnel*, 25^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2023.

HENNION (S.), LE BARBIER (M.), DEL SOL (M.) & LHERNOULD (J.-P.)

- *Droit social européen et international*, 4^e éd., PUF, coll. Thémis, 2021.

HÉRON (J.), LE BARS (T.) & SALHI (K.)

- *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, 2019.

LOKIEC (P.)

- *Droit du travail*, 1^e éd., PUF, coll. Thémis, 2019.
- *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Thémis, 2022.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) & STOFFEL-MUNCK (P.)

- *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) & GAUTIER (P.-Y.)

- *Droit des contrats spéciaux*, 12^e éd., LGDJ, 2022.

MALINVAUD (P.)

- *Introduction à l'étude du droit*, 22^e éd., LexisNexis, 2022.

MAZEAUD (A.)

- *Droit du travail*, 10^e éd., LGDJ, 2016.

OLSZAK (N.)

- *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011.

PESKINE (E.) & WOLMARK (C.)

- *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023.

RODIÈRE (P.)

- *Traité de droit social de l'Union européenne*, 3^e éd., LGDJ, 2022.

SALOMON (R.) & MARTINEL (A.)

- *Droit pénal social*, 5^e éd., Economica, 2019.

SERVAIS (J.-M.)

- *Droit international du travail*, Larcier, 2015.

TEYSSIÉ (B.)

- *Droit du travail. Relations collectives*, 11^e éd., LexisNexis, 2018.
- *Droit européen du travail*, 6^e éd., LexisNexis, 2019.
- *Droit du travail. Relations collectives*, 12^e éd., LexisNexis, 2020.
- *Droit du travail. Relations collectives*, 13^e éd., LexisNexis, 2023.

TEYSSIÉ (B.) & *alii*

- *Droit et pratique du comité social et économique*, LexisNexis, 2018.

II- OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

ANCIAUX (N.)

- *Essai sur l'être en droit privé*, Thèse, Paris II, 2018.

ARMILLEI (V.)

- *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale*, LexisNexis, 2018.

AUBIN (G.) & BOUVERESSE (J.)

- *Introduction historique au droit du travail*, 1^e éd., PUF, 1995.

BARDINTZEFF (J.-M.)

- *Volcanologie*, 5^e éd., Paris, Dunod, 2016.

BARGAIN (G.)

- *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014.

BARTHÉLÉMY (J.) & CETTE (G.)

- *Réformer le droit du travail*, Odile Jacob, 2015.

BÉLIER (G.), LEGRAND (H.-J.) & CORMIER LE GOFF (A.)

- *Le nouveau droit de la négociation collective. Acteurs et accords*, 6^e éd., Wolters Kluwer, 2018.

BERSTEIN (S.) & MILZA (P.)

- *Histoire de la France au XX^e siècle (1930-1958)*, t. 2, Perrin, 2009.

BRAUN (A.)

- *Négociation et consultation dans l'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2008.

CALLON (J.-E.)

- *Les projets constitutionnels de la Résistance*, La Documentation Française, 1998.

CALVEZ (Y.) & LAVAURE (A.)

- *Répertoire de droit du travail. Inspection du travail*, Dalloz, 2018.

CARBONNIER (J.)

- *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, 1996.
- *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001.

CARON (M.)

- *L'expertise en droit social*, éd. ANRT, 2008.

COLLIN (F.) & alii

- *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Critique du droit, 1980.

CONTIN (R.)

- *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Librairies Techniques, 1975.

COTTEREAU (V.)

- *Les délits d'entrave*, Thèse, Montpellier, 1979.

CRISTOFALO (P.)

- *Syndicalisme et expertise. La structuration d'un milieu de l'expertise au service des représentants du personnel (de 1945 à nos jours)*, Thèse, Paris X, 2011.

LE CROM (J.-P.)

- *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, 2003.

DABIN (J.)

- *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935.

DABOSVILLE (B.)

- *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, 2013.

DANIEL (J.)

- *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation. Les principes constitutionnels et le droit du travail*, Thèse, Paris II, 2000.

DEVEAUX (E.)

- *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise. Essai sur une communauté de travail au service de l'intérêt de l'entreprise*, LexisNexis, 2016.

DIDIER (P.)

- *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000.

DIRRINGER (J.)

- *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, LGDJ, 2015.

DROCHON (V.)

- *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, LexisNexis, 2017.

DUPRILOT (J.-P.) & FIESCHI-VIVET (P.)

- *Les comités d'entreprise*, 1^e éd., PUF, coll. Que sais-je ?, 1982.

DURAND (P.)

- *La participation des travailleurs à l'organisation de la vie économique et sociale en France*, Sirey, 1962.

FABRE (A.)

- *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010.

FERKANE (Y.)

- *L'accord collectif de travail. Étude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, 2017.

FONTANILLE (M.) & GNANOU (Y.)

- *Chimie et physico-chimie des polymères*, 3^e éd., Dunod, 2002.

FOURCADE (C.)

- *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006.

FOURNIER DE CROUY (N.)

- *La faute lucrative*, Thèse, Paris V, 2015.
- *La faute lucrative*, *Economica*, 2018.

FRANÇOIS (C.)

- *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, LGDJ, 2020.

FRANCONI (V.)

- *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, Thèse, Lyon 2, 2010.

GAIRE-SIMONNEAU (D.)

- *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, LGDJ, 2016.

GÉA (F.)

- *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020.

GÉRARD (P.), OST (F.) & VAN DE KERCHOVE (M.)

- *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996.

GOMBERT (T.) & al.

- *Fondements de la Démocratie sociale. Manuel de la démocratie sociale*, 2^e éd., Friedrich Ebert, 2009.

GRÉVY (M.)

- *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, 2002.

GRIMALDI D'ESDRA (J.)

- *La représentation du personnel dans l'entreprise : origines, puissance et déclin. Annonce d'un pouvoir*, Thèse, Montpellier, 1993.

GUÉGAN (E.)

- *Les nullités des décisions sociales*, Dalloz, 2020.

HABERMAS (J.)

- *Morale et communication. Conscience morale et activités communicationnelle*, trad. C. Bouchindhomme, Paris, éd. du Cerf, coll. Passages, 1986.
- *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. C. Bouchindhomme & R. Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997.

JAULT (A.)

- *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005.

JOUBERT (F.)

- *La consultation du comité d'entreprise*, Thèse, Lyon 2, 2011.

KRIEF (B.)

- *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, éd. Panthéon-Assas, 2011.

LAFUMA (E.)

- *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008.

LE GOFF (J.)

- *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, 4^e éd., PUR, 2019.

LEROYER (A.-M.)

- *Les fictions juridiques*, Thèse, Paris II, 1995.

LIPSKI (J.-S.)

- *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, 2012.

LOISEAU (G.), LOKIEC (P.), PÉCAUT-RIVOLIER (L.) & VERKINDT (P.-Y.)

- *Droit de la représentation du personnel*, 1^e éd., Dalloz, 2018.

LOISEAU (G.), LOKIEC (P.), PÉCAUT-RIVOLIER (L.), VERKINDT (P.-Y.) & STRUILLOU (Y.)

- *Droit de la représentation du personnel*, 2^e éd., Dalloz, 2023.

LOKIEC (P.)

- *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

LOUSSOUARN (Y.) & LAGARDE (P.)

- *L'information en droit privé*, Paris, LGDJ, 1978.

LYON-CAEN (G.)

- *Droit du travail. Le salaire*, 2^e éd., Dalloz, 1981.

MARGUERITE (M.)

- *Le droit à la représentation des salariés dans la négociation collective*, Thèse, Paris II, 2011.

MARIANO (C.)

- *La négociation substitutive d'entreprise*, Thèse, Montpellier, 2018.

MÉSA (R.)

- *Les fautes lucratives en droit privé*, Thèse, Université du Littoral, 2006.

DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ (G.)

- *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, 2020.

MONDOLONI (M.-A.)

- *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, PUAM, 2004.

MORIN (M.-L.)

- *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994.

ODOUL-ASOREY (I.)

- *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, 2013.

OGIER-BERNAUD (V.)

- *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica-PUAM, 2003.

PÉLISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.) & DOCKÈS (E.)

- *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008.

PERÈS-DOURDOU (C.)

- *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

PERRIER (G.)

- *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Réflexion sur les rapports entre le droit du travail et le droit des affaires*, Thèse, Paris II, 2005.

PETIT (F.)

- *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000.

RIOCHE (S.)

- *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, Thèse, Paris II, 2018.
- *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, LexisNexis, 2019.

RIPERT (G.)

- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951.
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

ROSA (F.)

- *Les actes de réglementation privée*, Thèse, Paris I, 2011.

ROSANVALLON (P.)

- *La question syndicale*, Calmann-Lévy, 1988.
- *La question syndicale*, Hachette, coll. Pluriel, 1988.

SACHS-DURAND (C.)

- *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985.

SADI (D.)

- *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare & Martin, 2015.

SÈBE (F.)

- *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme*, LexisNexis, 2014.

SOURIAC-ROTSCHILD (M.-A.)

- *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986.

SUET (P.)

- *Comités d'entreprise, délégués du personnel et délégués syndicaux*, 3^e éd., Librairies Techniques, 1970.

SOLDINI (D.)

- *Les fondements du pouvoir normatif des syndicats de travailleurs*, Thèse, Paris I, 2009.

VACARIE (I.)

- *L'employeur*, Sirey, 1979.

VATINET (R.)

- *Les prérogatives économiques du comité d'entreprise*, Thèse, Paris I, 1981.

VERNAC (S.)

- *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse, Paris X, 2012.

WICKER (G.)

- *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997.

III- ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ALLAND (D.) & RIALS (S.)

- *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2003.

AMAUGER-LATTES (M.-C.)

- *Répertoire de droit du travail. Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical*, Dalloz, 2022.

CERF-HOLLENDER (A.)

- *Répertoire de droit du travail. Droit pénal du travail*, Dalloz, 2018.

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2020.

GUINCHARD (S.) & DEBARD (T.)

- *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, 2023.

LEROY (Y.)

- *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : composition et fonctionnement*, Dalloz, 2019.

MASSART (T.)

- *Répertoire des sociétés. Contrat de société*, Dalloz, 2006.

MORAND (M.)

- *JurisClasseur Travail Traité. Temps de travail - Organisation*, Fasc. 21-12, LexisNexis, 2020.

MORVAN (P.)

- *JurisClasseur Travail Traité. Licenciement pour motif économique - Procédures*, Fasc. 31-2, LexisNexis, 2020.
- *JurisClasseur Travail Traité. Licenciement pour motif économique - Accompagnement social - Plan de sauvegarde de l'emploi*, Fasc. 31-3, LexisNexis, 2020.

NADAL (S.)

- *Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective*, Dalloz, 2019.

NADAL (S.) & ODOUL-ASOREY (I.)

- *Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions*, Dalloz, 2022.

PAGNERRE (Y.)

- *JurisClasseur Sociétés Traité. Comités d'entreprise - Attributions du comité d'entreprise : règles générales*, Fasc. 34-22, LexisNexis, 2018.

PUIGELIER (C.)

- *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017.

REY (A.)

- *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, Le Robert, 2006.
- *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 3, Le Robert, 2006.

ROLAND (H.)

- *Lexique juridique des expressions latines*, 8^e éd., LexisNexis, 2021.

ROZÈS (L.)

- *Répertoire de droit du travail. Entreprise*, Dalloz, 1991.

URBAN (Q.)

- *Répertoire de droit du travail. Comité d'entreprise : rôle et attributions en matière économique*, Dalloz, 2015.

VACHET (G.)

- *JurisClasseur Travail Traité. Négociation. Convention et accord collectif - Qualification. Nature juridique*, Fasc. 1-30, LexisNexis, 2021.
- *JurisClasseur Travail Traité. Négociation. Convention et accord collectif - Conclusion*, Fasc. 1-32, LexisNexis, 2022.

VIDAL (J.)

- *JurisClasseur Travail Traité. Délit d'entrave*, Fasc. 15-92, LexisNexis, 2019.
- *JurisClasseur Travail Traité. Droit pénal. Infractions. Constatation. Poursuite*, Fasc. 82-10, LexisNexis, 2020.

WOLMARK (C.)

- *Répertoire de droit du travail. Travailleur étranger*, Dalloz, 2019.
- *Répertoire de droit du travail. Comité social et économique : attributions générales en matière économique (entreprises de 50 salariés et plus)*, Dalloz, 2020.

IV- ÉTUDES, CHRONIQUES ET ARTICLES

ACQUIER (C.)

- « Les attributions économiques du comité social et économique », *RPDS* 2018. 309.

ADAM (P.)

- « La négociation des conventions et accords collectifs de travail. À propos de la gestation des volontés collectives », *RJS* 2016. 403.
- « La ruée vers l'or (dre néolibéral). Sur un western juridique moderne... », *Dr. ouvr.* 2018. 170.
- « La négociation collective sans délégué syndical », in F. GÉA, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 119.

ADAM (G.) & LUCAS (M.)

- « Les institutions de représentation du personnel en France : bilan et perspectives », *Dr. soc.* 1976. 79.

AFFICHARD (J.), LYON-CAEN (A.) & VERNAC (S.)

- « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche », *RDT* 2009. 631.

AKNIN (F.)

- « Projet ponctuel et orientations stratégiques : l'indispensable autonomie des consultations », *BJT* 2018, n° 1, p. 34.

ALFANDARI (E.)

- « Le droit au sein des rapports entre l' "économique" et le "social" », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 31.

ALVAREZ-PUJANA (N.)

- « Le délit d'entrave ou d'atteinte au fonctionnement des institutions représentatives du personnel et à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. ouvr.* 1990. 77.

ANGEI (F.)

- « Pour une autre réforme du code du travail, porteuse de progrès », *Dr. soc.* 2018. 221.

ANONYME

- « L'expérience des comités d'entreprises : l'action des comités », *Dr. soc.* 1952. 163.

ANTONMATTEI (P.-H.)

- « Le Préambule de 1946 et la Cour de cassation », *Rev. admin.* 1997, n° 297, p. 290.
- « Comité d'entreprise et négociation collective : "le courant passe" », *RJS* 1998. 611.
- « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Mélanges C. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 3.
- « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Dr. soc.* 2013. 100.
- « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *Dr. soc.* 2017. 425.
- « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017. 1027.
- « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *BJT* 2019, n° 12, p. 39.

ANTONMATTEI (P.-H.) & alii

- « Réforme du Code du travail : le comité social et économique », *RJS* 2018. 263.

ANTONMATTEI (P.-H.), DONNETTE-BOISSIERE (A.) & MARIANO (C.)

- « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective », *Dr. soc.* 2019. 1054.

ARMILLEI (V.)

- « La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ? », *Dr. soc.* 2021. 47.

ARMILLEI (V.) & TOMBARELLO (L.)

- « Les actes préparatoires à la cession de filiales à l'épreuve du principe d'antériorité de la consultation du CSE », *JCP S* 2019. 1105.

ARMILLEI (V.) & LAGESSE (P.)

- « À propos des délais de consultation du CSE (1^{re} partie) », *SSL* 2017, n° 1791, p. 4.
- « À propos des délais de consultation du CSE (2^e partie) », *SSL* 2017, n° 1792, p. 6.

ATIAS (C.) & LINOTTE (D.)

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977. 251.

AUBERT (G.)

- « L'entreprise et le droit du travail : l'exemple suisse », *Dr. soc.* 2005. 147.

AUBERT (N.)

- « La participation des travailleurs dans la doctrine sociale de l'Église », *Société, droit et religion* 2018, n° 8, p. 95.

AUVERGNON (P.) & KAPP (T.)

- « Des nouveaux rapports du système d'inspection du travail avec le parquet et les juges », *Dr. soc.* 2017. 657.

AUZERO (G.)

- « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *BJS* 2006, n° 7, p. 867.
- « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.* 2013. 740.
- « L'intervention du comité d'entreprise lors des offres publiques d'acquisition », *Lexbase Hebdo*, éd. sociale 2014, n° 566.
- « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », *Dr. soc.* 2015. 1006.
- « Les syndicats, mandataires des salariés ? », *SSL* 2015, n° 1666, p. 10.

- « Le système de participation des travailleurs dans l'entreprise privée en France », *RDCTSS* 2018. 118.
- « Les transformations du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1227.
- « La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur », *BJT* 2019, n° 12, p. 76.
- « La représentation des salariés dans les organes sociaux », *Dr. soc.* 2019. 42.
- « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.* 2019. 485.

AUZERO (G.) & BENTO DE CARVALHO (L.)

- « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », *Dr. soc.* 2022. 531.

AUZERO (G.) & CHISS (R.)

- « L'expression du comité social et économique », *RJS* 2021. 271.

AUZERO (G.) & SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)

- « La situation juridique née du recours à un expert par le comité social et économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 11.

AYNÈS (L.)

- « Motivation et justification », *RDC* 2004. 555.

BARBEROT (C.)

- « Les acteurs de la négociation collective ; leur représentativité », *Dr. ouvr.* 1998. 332.

BARTHÉLÉMY (J.)

- « Turbulences en droit des sociétés et du travail », *JCP G* 1987. I. 3311.
- « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737.

BARTHÉLÉMY (J.) & CETTE (G.)

- « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Dr. soc.* 2012. 763.
- « Réformer le droit social », *Dr. soc.* 2016. 400.

BAUDUIN (B.)

- « Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel », *RDT* 2017. 525.
- « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.* 2018. 682.

BAUMGARTEN (C.)

- « Accords de méthodes : un marché de dupes », *Dr. ouvr.* 2003. 358.

BAVITOT (A.)

- « L'amende à taux mobile », *AJ Pénal* 2019. 18.

BÉAL (S.) & FERREIRA (A.)

- « Consultation préalable du comité d'entreprise : une exigence », *JCP S* 2005. 1255.

BÉAL (S.) & KATCHADOURIAN (M.-N.)

- « Projet complexe : à quel moment et comment le comité d'entreprise doit-il être informé et consulté ? », *JCP S* 2009. 1463.

BÉAL (S.) & MARGUERITE (M.)

- « Le comité social et économique : attributions », *JCP S* 2017. 1587.
- « Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2017. 1398.

BEFFA (J.-L.) & CLERC (C.)

- « Les chances d'une codétermination à la française », *Prisme* 2013, n° 26.

BÉLIER (G.)

- « La centralité de l'accord d'entreprise : une croyance plus qu'une démonstration », *RDT* 2015. 656.

BÉLIER (G.) & CLERC (C.)

- « Quel avenir pour une codétermination à la française ? », *RDT* 2014. 600.

BÉLIER (G.) & LEGRAND (H.-J.)

- « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? », *Dr. soc.* 1996. 932.
- « Temps et pouvoir dans les relations collectives de travail », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 121.

BÉLIER (G.) & PETIT (F.)

- « Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? », *RDT* 2010. 76.

BENNINI (A.)

- « La procéduralisation du droit des sociétés », *RTD com.* 2010. 499.

BÉRAUD (J.-M.)

- « Aspects de la liberté syndicale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme », *Dr. soc.* 1986. 384.
- « Autour de l’idée de constitution sociale de l’entreprise », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l’honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 55.
- « Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français », *Dr. soc.* 2019. 196.

BERGERON (F.)

- « L’illégalité de l’accord collectif invoquée par voie d’exception », *Dr. soc.* 2023. 217.

BERGERON-CANUT (F.)

- « L’architecture “ordre public/champ de la négociation/dispositions supplétives” : facteur de conventionnalisation ? », *BJT* 2019, n° 12, p. 51.

BERNARD (S.)

- « La consultation de l’instance élue (hors PSE) au prisme de la simplification », *Dr. soc.* 2018. 260.

BERNAUD (V.)

- « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.* 2015. 960.

BÉROUD (S.)

- « Représentation syndicale, représentativité et négociation », *Dr. soc.* 2018. 264.

BÉROUD (S.) & YON (K.)

- « Réforme de la représentativité, pouvoir syndical et répression. Quelques éléments de réflexion », *Agone* 2013, n° 50, p. 159.
- « Représenter les salariés dans l’entreprise après la loi du 20 août 2008. Sur les limites de la “démocratie sociale” », *Politiques de communication* 2014, n° 2, p. 51.

BÉROUD (S.), GUILLAS-CAVAN (K.) & VINCENT (C.)

- « “Les CE sont morts, vivent les CSE” ? Retour sur soixante-dix ans d’une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *Revue de l’IRES* 2018, n° 94, p. 3.

BIED-CHARRETON (M.-F.)

- « Le comité d'entreprise peut-il négocier ? », *Dr. ouvr.* 1993. 129.
- « L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise », *Dr. ouvr.* 1995. 56.

BLANC-JOUVAN (X.)

- « La négociation d'entreprise en droit comparé », *Dr. soc.* 1982. 718.

BLEDNIAK (E.)

- « Le CSE : la lettre n'honore pas les promesses », *SSL* 2017, n° 1782, p. 11.

BOIS (P.)

- « Les comités d'entreprises. Un espoir longtemps déçu peut-il renaître ? », *Dr. soc.* 1969. 82.

BONNAUD (L.)

- « Comment théoriser l'action répressive des services d'inspection ? Origines et critiques de la notion de *responsive regulation* », *RSC* 2019. 65.

BONNECHÈRE (M.)

- « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvr.* 1988. 171.
- « Où va le droit du travail ? », *Dr. ouvr.* 2016. 315.

BONNIN (V.)

- « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouvr.* 1998. 340.

BORENFREUND (G.)

- « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991. 685.
- « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 1006.
- « Les syndicats forcent les portes de l'entreprise : la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 213.
- « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT* 2015. 17.
- « La fusion des instances représentatives du personnel : appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT* 2017. 608.

BORENFREUND (G.) & FAVENNEC-HÉRY (F.)

- « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ? », *RDT* 2016. 309.

BOSSU (B.)

- « Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence... », *JCP S* 2015. 1175.

BOUAZIZ (P.)

- « Le délit d'entrave. IV », *Dr. soc.* 1979. 104.
- « Le temps de la saisine pour avis du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 1995. 48.

BOUFFIER (N.) & LAGESSE (P.)

- « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2013. 126.

BOULMIER (D.)

- « Négociation et consultation : à violation du temps utile, sanction utile », *JSL* 2001, n° 75, p. 4.
- « Les experts-comptables du comité d'entreprise : état des lieux », *Dr. soc.* 2014. 745.
- « Les représentations du personnel : accentuation des autonomies subordonnées (? ou !) », *Dr. ouvr.* 2014. 439.
- « Mesures prioritaires pour endiguer la destruction programmée des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2016. 528.

BOURQUELOT (S.) & MARRON (F.)

- « Nouveaux délais de consultation et d'expertise du comité d'entreprise » *Cah. DRH* 2014, n° 208, p. 2.

BOUTON (J.)

- « Le comité social et économique et la santé au travail », *Dr. ouvr.* 2019. 453.

BRAIBANT (G.) & WIENER (C.)

- « Processus et procédure de décision », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 465.

BRESSON (M.)

- « La participation : un concept constamment réinventé », *Socio-logos* 2014, n° 9.

BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.)

- « La réforme des comités d'entreprise (étude de la loi du 16 mai 1946) », *JCP* 1946. 570.
- « La présence du syndicat dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969. 153.

BRUN (A.)

- « L'évolution en droit français du rôle du syndicalisme dans l'entreprise », *in* Les Cahiers de Droit, *Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 429.

BRUNIE (J.)

- « Premières réflexions sur les accords de mise en place du conseil d'entreprise », *JCP S* 2020. 1070.

CAM (P.)

- « Le droit à la lumière ou les ambivalences du savoir », *Travail et Emploi* 1990, n° 43, p. 9.

CALVEZ (Y.) & AUVERGNON (P.)

- « Réformer l'inspection du travail ? », *RDT* 2014. 229.

CANUT (F.)

- « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017. 1033.

CANUT (F.) & GÉA (F.)

- « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) », *Dr. soc.* 2016. 1038.
- « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017. 47.

CARON (M.)

- « Les expertises du comité social et économique », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 109.

CARON (M.) & VERKINDT (P.-Y.)

- « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 425.

CERCLE MAURICE COHEN

- « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le Cercle Maurice Cohen », *RDT* 2019. 428.

CESARO (J.-F.)

- « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », *Dr. soc.* 2005. 139.
- « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S* 2012. 1237.
- « La sanction pénale », *in* B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 81.

- « Le champ de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1169.

CHAMPEAUX (F.) & MARCON (A.)

- « Modifier les relations entre IRP et employeur », *SSL* 2014, n° 1613, p. 3.

CHAMPEAUX (F.)

- « Le mécano du comité social et économique », *SSL* 2017, n° 1782, p. 2.
- « Les grandes tendances de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *SSL* 2020, n° 1898, p. 17.

CHASSANG (C.)

- « La communication des administrations sur leur politique répressive : prendre modèle sur le droit pénal ? », *RSC* 2019. 55.

CHATARD (D.), DAUXERRE (L.) & RIOCHE (S.)

- « Le comité social et économique, premier bilan, » *JCP S* 2019. 1045.

CHATRIOT (A.)

- « La réforme de l'entreprise. Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire* 2012/2, n° 114, p. 183.

CHAUVEL (P.)

- « Interprétation déclarative de la loi pénale et droit pénal du travail », *Dr. soc.* 1983. 659.

CHÉROT (J.-Y.)

- « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gaz. Pal.* 1994. 837.

CHISS (R.)

- « Les temps de la consultation du comité d'entreprise : réflexions pratiques », *JCP S* 2015. 1174.
- « Le conseil d'entreprise : remarques prospectives », *JCP S* 2018. 1228.

CHISS (R.) & FROMENT-MEURICE (F.)

- « Les attributions du comité d'entreprise à l'occasion d'opérations de cessions de parts ou d'actions », *JCP S* 2009. 1051.

CHONNIER (J.-M.)

- « L'articulation des temps d'expertise et de consultation du CSE », *Dr. soc.* 2023. 66.

COEURET (A.)

- « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. soc.* 1975. 396.
- « Entrave et discrimination », *Dr. ouvr.* 1987. 447.
- « Le délit d'entrave : comment poursuivre les infractions aux droits collectifs de représentation des salariés ? Quelle responsabilité pénale pour l'employeur dans une société selon sa localisation ? », *SSL* 2002, n° 1071, p. 68.
- « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe - Retour sur une incrimination redoutée », *RJS* 2011. 515.
- « La procédure d'amende administrative en droit du travail : entre principe d'indépendance et priorité du judiciaire », *D.* 2018. 177.
- « La mise en place négociée du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 378.

COEURET (A.) & DUQUESNE (F.)

- « La pratique de l'amende administrative en droit du travail », *JCP S* 2016. 1327.

COEURET (A.) & FORTIS (E.)

- « La place du droit pénal dans le droit du travail », *RSC* 2000. 25.

COEURET (A.) & JONIN (D.)

- « Punir sans juger en droit du travail ? À propos de l'ordonnance 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail », *RJS* 2016. 555.

COHEN (M.)

- « Les nouvelles fonctions économiques des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 165.
- « Représentation du personnel et licenciements collectifs », *in* *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 207.
- « Le recours au juge des référés pour faire suspendre une décision irrégulière de l'employeur », *RPDS* 1998. 283.
- « Un droit de veto plus que jamais nécessaire », *RPDS* 2001. 147.
- « Les attributions économiques du comité d'entreprise depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Dr. ouvr.* 2002. 55.
- « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002. 298.
- « La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise », *Dr. soc.* 2003. 271.

COLIN (E.)

- « Progrès et reculs du principe de participation », *SSL* 2015, n° 1676, p. 5.

COMBREXELLE (J.-D.)

- « Les relations collectives du travail : “La carte et le territoire” », *Dr. soc.* 2013. 239.

CÓRDOVA (E.)

- « La participation des travailleurs aux décisions dans l’entreprise. Tendances et problèmes actuels », *RIT* 1982. I. 139.

CORMIER LE GOFF (A.) & KRIVINE (J.)

- « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d’entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. soc.* 2019. 204.

COSME (C.)

- « “Comment font-ils à l’étranger ?” », *Dr. soc.* 2016. 306.

COTTIN (J.-B.)

- « Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron », *Cah. DRH* 2018, n° 254, p. 25.

COUTURIER (G.)

- « L’accès du comité d’entreprise à l’information économique et financière », *Dr. soc.* 1983. 26.
- « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *SSL* 2004, n° 1152, p. 6.
- « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. soc.* 2013. 814.

CROZE (H.)

- « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in Justice et droits fondamentaux, *Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 125.

DAUXERRE (L.)

- « Le consentement dans le droit des relations collectives de travail », *JCP S* 2014. 1120.
- « Constats : la norme pénale et l’administration du travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 13.
- « Démocratie sociale », in B. TEYSSIÉ, *Notions et normes en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 260.
- « Sur l’érosion de l’article L. 1 du Code du travail », *JCP S* 2017. 1275.

DANIEL (J.)

- « Alinéa 8 », in G. CONAC, X. PRÉTOT & G. TEBOUL, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 179.

- « L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité », *JCP S* 2015. 1165.
- « L'égalité, entre liberté et fraternité », *JCP S* 2019. 1001.

DASSA (S.)

- « Le mouvement de mai et le système de relations professionnelles », *Sociologie du travail* 1970, n° 3, p. 244.

DAVID (D.) & KÖHL (J.)

- « L'éthique de la discussion au service de la performance organisationnelle. Pour l'avènement de la compétence délibérative dans le profil managérial », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels* 2008, n° 34, p. 189.

DEGOS (J.-G.)

- « Les années sombres de l'Ordre des experts-comptables : quelques textes oubliés », in *L'entreprise, le chiffre et le droit*, Bordeaux, J.-G. Degos & S. Trébucq, 2005, p. 173.

DELIANCOURT (S.)

- « Homologation d'un PSE après une décision de refus : *quid* de l'information du comité d'entreprise ? », *JCP S* 2015. 1312.

DESPAX (M.)

- « Réflexions sur l'activité des représentants du personnel », *D.* 1963. 67.
- « La participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises en France », in *Les Cahiers de Droit, Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 367.

DESPRÉS (J.-P.)

- « Les comités d'entreprise en France », *Bulletin des Relations Industrielles* 1945, n° 3, p. 3.

DETRAZ (S.)

- « Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal ? Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *RSC* 2019. 47.

DEVOS (V.)

- « Les nouveaux moyens d'action des instances représentatives du personnel face au délai préfix », *JCP S* 2019. 1147.

DIRRINGER (J.)

- « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouvr.* 2016. 56.
- « La représentation collective des salariés : bagatelle ou sentinelle ? », *Dr. soc.* 2018. 253.

DOMENACH (J.-M.)

- « Les Comités d'entreprise », *Esprit* 1951, n° 181, p. 180.

DREYER (E.)

- « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.* 2004. 937.

DUCHER (G.)

- « L'intéressement des salariés aux bénéficiaires des entreprises trois ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 août 1967 », *Dr. soc.* 1972. 152.

DUFOUR (C.) & HEGE (A.)

- « Comités d'entreprise et syndicats, quelles relations ? », *Revue de l'IRES* 2008, n° 59, p. 3.

DUFRESNE-CASTETS (M.-L.)

- « Le référé comme garantie de l'effectivité des droits », *Dr. ouvr.* 2004. 251.

DUPAYS (A.) & LE MEUR (J.-R.)

- « Accord de méthode : mode d'emploi », *SSL* 2004, n° 1152, p. 33.

DUPEYROUX (J.-J.)

- « La résistible ascension du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1979. 3.

DUPUY (J.)

- « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *D.* 1983. 57.

DUQUESNE (F.)

- « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », *Dr. soc.* 2008. 449.
- « L'entrave à la mission d'information-consultation du comité sur le projet de gestion, 1^{ère} partie », *RJS* 2015. 3.
- « Le quantum de l'amende administrative entre certitudes et incertitudes », *JCP S* 2017. 1397.
- « L'écoulement du délai d'information-consultation des élus du comité d'entreprise », *JCP G* 2018. 581.

DURAND (P.)

- « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944. 73.
- « L'association capital-travail », *Dr. soc.* 1951. 604.
- « Les rapports de l'entreprise et du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1951. 667.
- « Réflexions sur la loi fédérale allemande du 11 octobre 1952 relative à l'organisation constitutionnelle de l'établissement », *JCP* 1953. I. 1078.
- « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.* 1956. 73.
- « La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français », in *La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, 1959, p. 197.

DURLACH (E.), LELLOUCHE (F.) & LÉON (M.)

- « Repenser l'entreprise », *RDT* 2018. 21.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.)

- « Le nouveau régime des sanctions administratives », *SSL* 2018, n° 1834, p. 6.

F. (P.)

- « Les comités d'entreprise », *Esprit* 1948, n° 146, p. 110.

FABRE (A.)

- « Le comité d'entreprise et les affres du temps », *Constitutions* 2017. 432.
- « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (première partie) », *Dr. soc.* 2020. 539.
- « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (seconde partie) », *Dr. soc.* 2020. 630.

FABRE (D.) & GATUMEL (D.)

- « L'information et la consultation du comité d'entreprise. Le défaut d'information ou de consultation du comité », *JCP E* 1992. 320.

FASQUELLE (D.)

- « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27.

FAVENNEC-HÉRY (F.)

- « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. soc.* 2005. 729.
- « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Dr. soc.* 2013. 250.
- « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? », *JCP S* 2015. 1237.
- « L'information du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1164.

- « L'ordre public légal », *JCP S* 2017. 1126.
- « Ordonnances Macron : un changement de système ? », *SSL* 2017, n° 1782, p. 3.
- « Le comité social et économique : une instance à construire », *SSL* 2017, n° 1790, p. 71.

FAVENNEC-HÉRY (F.) & ROZEC (P.)

- « Les missions du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1225.

FERKANE (Y.)

- « De quelques usages du principe de participation », *RDT* 2018. 67.
- « L'illégalité d'un accord collectif de travail : causes et conséquences », *RDT* 2018. 689.
- « La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE », *Dr. ouvr.* 2019. 446.
- « Le CSE comme agent de la négociation collective », *Dr. ouvr.* 2020. 595.
- « Syndicats et négociation collective », *Dr. soc.* 2020. 119.
- « L'extension de la qualification d'accord collectif de travail », *BJT* 2021, n° 11, p. 71.

FERRACCI (P.)

- « L'expertise et le conseil aux représentants du personnel et aux syndicats revus par les ordonnances », *SSL* 2017, n° 1790, p. 82.

FLAUSS (J.-F.)

- « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1982. 645.

FLEURY (N.), GUILLAS-CAVAN (K.) & LERAIS (F.)

- « Dialogue social sur la stratégie de l'entreprise : éléments de bilan et perspectives », *Revue de l'IREES* 2018, n° 94, p. 115.

FRANCIS (A.-L.) & VIVIEN (P.)

- « La base de données économiques et sociales : quels choix pour l'entreprise ? », *JCP S* 2014. 1134.

FRANÇOIS (G.)

- « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Dr. soc.* 2018. 126.
- « La conventionnalisation de la représentation du personnel », *BJT* 2019, n° 12, p. 70.

FREYRIA (C.)

- « Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 209.
- « Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 273.
- « Le contenu de l'information économique et sociale du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1979. 35.
- « La consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 382.

FROSSARD (S.)

- « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », *D.* 2001. 417.
- « La supplétivité, une technique de flexibilité en développement », *SSL* 2015, n° 1680, p. 61.

FRYDMAN (B.)

- « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 231.

GAMET (L.)

- « L'information du CE préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration », *SSL* 2008, n° 1380, p. 6.
- « Critique du droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2014. 446.
- « Droit répressif du travail : coordination du ministère public et de l'administration du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 6.
- « Inspection du travail et répression », *Dr. soc.* 2017. 439.
- « L'autonomie collective », *Dr. soc.* 2020. 448.
- « Le droit pénal conventionnel », *Dr. soc.* 2023. 239.

GATUMEL (D.) & SOULIER (P.)

- « L'information et la consultation du comité d'entreprise. La consultation du comité », *JCP E* 1992. 311.

GAUDU (F.)

- « La fraternité dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1990. 134.
- « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 363.
- « Les accords de méthode », *Dr. soc.* 2008. 915.

GAURIAU (B.)

- « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009. 641.
- « Les temps de la consultation du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1173.
- « La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2015. 878.
- « Les transformations du droit syndical », *JCP S* 2015. 1239.
- « L'information et la consultation des représentants du personnel », in B. TEYSSIE, *Le temps en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 253.
- « L'accord, instrument de mise en place du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1204.

GÉA (F.)

- « GPEC vs. PSE : fin de partie », *RDT* 2009. 715.
- « La dialectique du légal et du négocié. Sens et non-sens d'un paradoxe », *SSL* 2011, n° 1508, p. 49.
- « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une "culture de la confiance" ? », *Dr. soc.* 2013. 717.
- « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013 », *SSL* 2013, n° 1569, p. 4.
- « Les soubassements de la réforme », *RDT* 2017. 593.
- « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. soc.* 2017. 98.
- « Un changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2017. 997.
- « L'accord sur le comité social et économique », *BJT* 2018, n° 1, p. 50.
- « L'interprétation des conventions et accords collectifs. Une question à reconsidérer », *RJS* 2020. 771.
- « Un renouveau de la négociation collective ? », in F. GÉA, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 21.

GÉRIN (R.)

- « Les comités d'entreprises », *Bulletin des Relations Industrielles* 1948, n° 8, p. 117.

GERMAIN (M.)

- « Les structures de l'entreprise et le droit du travail », *Dr. soc.* 2005. 129.

GIRAUDET (C.)

- « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *Revue de l'IRES* 2018, n° 94, p. 29.

GIRAUD (O.), TALLARD (M.) & CATHERINE (V.)

- « Processus d’institutionnalisation de la démocratie industrielle et crises sociales en France et en Allemagne à la fin des années 1960 », *Travail et Emploi* 2007, n° 111, p. 39.

GIRON (I.) & MORELOU (J.-P.)

- « René Capitant 1901-1970 », *Espoir* 1981, n° 36, p. 69.

GIVERDON (C.)

- « La qualité, condition de recevabilité de l’action en justice », *D.* 1952. 85.

DE GIVRY (J.)

- « Droits des représentants syndicaux et participation des travailleurs aux décisions dans les entreprises : un point de vue international », *Dr. soc.* 1969. 19.

GOETZ-GIREY (R.)

- « Problématique des syndicalismes », *Dr. soc.* 1965. 130.

GOURGUES (G.) & YON (K.)

- « Démocratie, le fond et la forme : une lecture “politique” des ordonnances Macron », *RDT* 2017. 625.

GRANGÉ (J.)

- « Comité d’entreprise, annonces publiques et restructurations », *Dr. soc.* 2002. 704.
- « La consultation du comité d’entreprise lors d’opérations de cession ou de restructuration : des remèdes », *JCP S* 2015. 1172.

GRÉVY (M.) & HENRIOT (P.)

- « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013. 173.

GRIGNARD (M.)

- « Les instances de représentation du personnel : quelle évolution ? », *Dr. soc.* 2013. 258.

GRINSNIR (J.)

- « L’effectivité des droits en matière d’institutions représentatives du personnel », *Dr. ouvr.* 1991. 159.

GROUX (G.)

- « La démocratie sociale. Ou l'autonomie revendiquée mais jamais assumée », *Cités* 2019, n° 77, p. 115.

GRUMBACH (T.)

- « Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode », *Dr. soc.* 2006. 325.

GSSIME (N.)

- « Consensus des juges sur l'autonomie des consultations du CSE sur le PSE et sur les orientations stratégiques », *SSL* 2023, n° 2038, p. 4.

GUEDES DA COSTA (S.) & MICHAUD (C.)

- « La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 », *JCP S* 2018. 1170.

GUILLAS-CAVAN (K.) & KAHMANN (M.)

- « L'expert auprès des comités d'entreprise, acteur oublié des relations professionnelles », *Revue de l'IREs* 2018, n° 95, p. 155.

GUILLAUME (C.) & MOURET (B.)

- « Les élus de comité d'entreprise : de l'institutionnalisation à la professionnalisation ? », *Revue de l'IREs* 2004, n° 44, p. 39.

GUILLOIN (C.)

- « Place du CSE dans le dialogue social », *Cah. DRH* 2020, n° 273, p. 2.

GUIOMARD (F.)

- « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *RDT* 2014. 568.
- « L'autonomie collective face aux juges. Brèves observations sur les effets de la loi Travail », *RDT* 2016. 838.
- « L'action en justice des syndicats dans l'entreprise : "vieille lune", toujours actuelle ? », *Dr. soc.* 2020. 130.

HAMON (L.)

- « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1980. 431.

HARTEMANN (J.)

- « La consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques et leurs conséquences sociales : aspects juridiques et pratiques », *JCP S* 2014. 1467.

HENNEBELLE (D.)

- « La place de l’infraction formelle en droit pénal du travail : regard d’un travailliste », *Dr. soc.* 2001. 935.

HENRIET (B.)

- « L’information du comité d’entreprise : une pratique encore imparfaite », *Dr. soc.* 1990. 874.

HENRIOT (P.)

- « Les fonctions et les mots. Confiance dans et de l’entreprise : à quel prix ? », *RDT* 2016. 761.
- « Le juge privé de sentences ? », *Dr. ouvr.* 2018. 160.

HUGLO (J.-G.)

- « Statut catégoriel et principe d’égalité de traitement : le pouvoir restitué aux partenaires sociaux », *RJS* 2015. 155.

ICARD (J.)

- « La négociation collective d’entreprise après la loi “Travail” », *RJS* 2017. 362.
- « Négociation collective et petite entreprise », *Cah. soc.* 2018, n° 309, p. 363.

IZARD (S.)

- « Le patronat propose de créer une instance unique de représentation », *SSL* 2014, n° 1651, p. 2.
- « Vers le conseil d’entreprise à la française ? », *SSL* 2017, n° 1778, p. 2.

JACQUIER (J.-P.)

- « La difficile relève syndicale », *Esprit* 1990, n° 164, p. 135.

JAFFRO (L.)

- « Habermas et le sujet de la discussion », *Cités* 2001, n° 5, p. 71.

JAVILLIER (J.-C.)

- « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d’introduction », *Dr. soc.* 1975. 375.
- « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail (le cas des représentations des salariés dans l’entreprise) », *in* Le droit collectif du travail, *Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 219.

JEAMMAUD (A.)

- « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 618.

- « Un débat difficile et nécessaire », *SSL* 2015, n° 1680, p. 11.

JEAMMAUD (A.) & FAVEREAU (O.)

- « Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ? », *RDT* 2017. 576.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.) & LYON-CAEN (A.)

- « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998. 359.

JEANSEN (E.)

- « Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 233.

JOLIVET (G.), LANGLOIS (P.), D'HAUTEVILLE (A.), MAGNAN (S.) & MAUDUIT (P.)

- « Les aménagements conventionnels dans l'entreprise. Utopie législative ou réalité sociale ? », *JCP S* 2020. 3000.

KAPP (T.)

- « Le renforcement du rôle de surveillance et de sanction de l'inspection du travail », *SSL* 2015, n° 1696, p. 10.

KELLER (M.)

- « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006. 861.

KERBOURC'H (J.-Y.)

- « Les transformations du droit de la représentation collective », *JCP S* 2015. 1240.
- « La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015 », *JCP S* 2015. 1353.
- « La refonte des institutions représentatives du personnel », *JCP S* 2017. 1313.
- « CSE et licenciement économique : de la consultation à la cogestion », *JCP S* 2019. 1046.

KHODRI-BENAMROUCHE (F.)

- « Les exigences procédurales », *SSL* 2008, n° 1340, p. 61.

KOEHL (M.)

- « La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion », *RDT* 2020. 237.

KOSTER (J.-V.)

- « Le co-financement de l'expertise : une entrave aux instances élues ? », *Dr. ouvr.* 2018. 157.

KRIEF (B.)

- « Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2014. 1090.

L. (D.)

- « Les comités d'entreprises », *Esprit* 1945, n° 107, p. 464

LACOURCELLE (C.)

- « Les experts auprès des CE, bête noire des employeurs ? », *Entreprise & Carrières* 2009, n° 941, p. 14.

LAFUMA (E.)

- « De la stratégie comme objet d'information et de consultation du comité d'entreprise, » *SSL* 2008, n° 1380, p. 11.

LAGESSE (P.) & TOMBARELLO (L.)

- « Le comité d'entreprise et les opérations de concentration », *SSL* 2016, n° 1723, p. 5.

LANGLOIS (P.)

- « L'analyse dualiste de la convention collective a-t-elle vécu ? », in *À droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 511.

LAQUIÈZE (A.)

- « La démocratie sociale à la française : quelle autonomie par rapport à la démocratie politique ? », *Cités* 2019, n° 77, p. 124.

LARGUIER (J.) & LARGUIER (A.-M.)

- « Le délit d'entraves aux fonctions des représentants du personnel », *Dr. soc.* 1967. 550.

LAROQUE (P.)

- « La charte du travail », *JCP* 1941. I. 234.

LATTES (J.-M.)

- « L'encyclique *Rerum Novarum* et son influence sur la mise en place du droit du travail au XX^e siècle », in *Lourdes ou l'appel des pauvres. Symposium sur la doctrine sociale de l'Église*, Mame, 1991, p. 127.

- « Doctrine sociale chrétienne et droit du travail : tradition et modernité », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 611.

LAURENS (A.)

- « Base de données économiques et sociales et consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques », *JCP S* 2015. 1340.

LECLERC (O.)

- « Comparer les systèmes de relations professionnelles », in O. LECLERC & A. LYON-CAEN, *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 91.

LECOEUR (C.)

- « Le conseil d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2020. 624.

LE CROM (J.-P.)

- « La naissance des comités d'entreprise : une révolution par la loi ? », *Travail et Emploi* 1995, n° 63, p. 58.
- « Le comité d'entreprise : une institution sociale instable », in *L'enfance des comités d'entreprise. De leur genèse dans les conditions de la défaite de 1940 à leur enracinement dans les années 1950*, Actes du colloque des 22 et 23 mai 1996, Roubaix, CAMT, 1997, p. 173.
- « “La profession aux professionnels” : la loi du 4 octobre 1941 sur l'organisation sociale des professions, dite Charte du travail », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 143.
- « Une révolution par la loi ? L'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 165.
- « Du bon usage de l'histoire en droit du travail », *SSL* 2002, n° 1095, p. 58.
- « Comités d'organisation et comités sociaux ou l'introuvable interpénétration de l'économique et du social », in H. JOLY, *Les comités d'organisation et l'économie dirigée du régime de Vichy*, Centre de recherche d'histoire quantitative, Caen, 2004, p. 253.
- « Regard historique sur la fusion des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2018. 82.

LE FRIANT (M.)

- « Un conseil d'entreprise inspiré du droit allemand ? », *SSL* 2014, n° 1651, p. 3.

LEGEAIS (R.)

- « Sur qui pèse la responsabilité pénale des infractions aux lois sociales dans l'entreprise ? », *Dr. soc.* 1961. 342.

LEMAIGNEN (R.)

- « La participation », *Revue des Deux Mondes* 1968, n° 10, p. 3.

LETOMBE (E.)

- « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise : les liaisons dangereuses », *JCP S* 2014. 1275.

LELEUX (C.)

- « Ethique de la discussion chez Habermas », in N. BOUCHARD, *Pour un renouvellement des pratiques d'éducation morale. Six approches contemporaines*, Presses Universitaires du Québec, 2002, p. 105.

LEROY (Y.)

- « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Dr. soc.* 2020. 854.

LEVARD (G.)

- « Le syndicalisme des salariés dans la vie économique et sociale », *Dr. soc.* 1965. 137.

LEVASSEUR (G.)

- « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317.

LHERNOULD (J.-P.), LAFUMA (E.) & TISSANDIER (H.)

- « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS* 2009. 194.

LIEUTIER (J.-P.)

- « L'intervention des syndicats et des institutions représentatives du personnel en matière d'épargne salariale et d'actionnariat salarié », *Dr. soc.* 2014. 754.
- « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.* 2019. 415.

LOISEAU (G.)

- « La procédure de consultation des représentants du personnel », *Cah. soc.* 2014, n° 260, p. 137.
- « Le comité social et économique », *Dr. soc.* 2017. 1044.

- « Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie », *Dr. soc.* 2018. 713.
- « Le pouvoir normatif de l'employeur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 231.
- « La conventionnalisation du droit du travail. Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », in *Droit social international et européen en mouvement, Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 205.
- « Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle », *BJT* 2020, n° 4, p. 52.
- « Le préalable de négociation », *RJS* 2021. 427.

LOISEAU (G.) & GAMET (L.)

- « Observations sur les nouvelles règles de contestation d'un accord collectif », *Cah. soc.* 2017, n° 302, p. 49.

LOISEAU (G.) & GUEDES DA COSTA (S.)

- « Le CSE à droit continu », *JCP S* 2020. 1069.

LOISEAU (G.) & MARTINON (A.)

- « L'âge d'or de l'accord institutionnel ? », *Cah. soc.* 2015, n° 276, p. 359.

LOISEAU (G.), PÉCAUT-RIVOLIER (L.) & PIGNARRE (G.)

- « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.* 2016. 886.

LOKIEC (P.)

- « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in C. PIGACHE, *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, PUR, 2004, p. 177.
- « La consultation en quête d'utilité », *SSL* 2008, n° 1380, p. 17.
- « La notion de projet important », *JSL* 2012, n° 317, p. 4.
- « Avis de tempête sur le droit du travail », *RDT* 2014. 738.
- « "Qui dit conventionnel dit juste !" L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP S* 2015. 129.
- « Les idéologues de la simplification », *SSL* 2015, n° 1677, p. 4.
- « Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2016. 502.
- « Codécision dans l'entreprise : faut-il franchir le Rubicon ? », *Liaisons soc.* 2016, n° 169, p. 68.
- « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJS* 2018, n° 1, p. 47.
- « Points d'interrogation », *Dr. ouvr.* 2019. 469.

- « “Qui dit conventionnel dit juste” », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 243.

LOKIEC (P.) & alii

- « Les fonctions et les mots. Simplification, dialogue social, confiance, emploi », *RDT* 2016. 754.

LUCHAIRE (F.)

- « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* 1981. 310.

LYON-CAEN (A.)

- « Le comité d’entreprise à l’heure du changement », *Dr. soc.* 1982. 299.
- « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », *Dr. soc.* 1984. 438.
- « Le comité d’entreprise, institution de représentation du personnel », *Dr. ouvr.* 1986. 355.
- « La chambre sociale et la consultation du comité d’entreprise », *Dr. soc.* 1996. 484.
- « Le droit du travail et la liberté d’entreprendre », *Dr. soc.* 2002. 258.
- « Le comité d’entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004. 285.
- « À propos de l’adjectif “économique” dans la langue du droit », in *Le droit du travail confronté à l’économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 137.
- « Délai », *RDT* 2017. 511.

LYON-CAEN (A.) & SACHS (T.)

- « ADN d’une réforme », *RDT* 2013. 162.

LYON-CAEN (G.)

- « Le droit conventionnel du travail », *D.* 1963. 15.
- « Les nouvelles attributions du comité d’entreprise. Bilan, perspectives », *Dr. soc.* 1977. 1.
- « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 35.
- « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983. 287.
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.* 1989. 289.
- « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l’honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 345.

- « La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit “non prévu”) », *Dr. ouvr.* 1996. 479.
- « À la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail (réalités et illusions) », *in* Droit syndical et droits de l’homme à l’aube du XXI^e siècle, *Mélanges en l’honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 81.
- « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003. 355.

M. (J.)

- « L’intéressement des travailleurs, une ordonnance déconcertante, mais peut-être malgré tout une étape », *Dr. soc.* 1967. 489.

MACHU (L.) & PÉLISSÉ (J.)

- « Vies et victoire d’un instrument juridique (partie 1) : la dérogation dans l’histoire du droit du travail », *RDT* 2019. 407.
- « Vies et victoire d’un instrument juridique (partie 2) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT* 2019. 559.

MALAVALL (P.)

- « Le délit d’entrave : débat. Introduction », *Dr. soc.* 1979. 93.
- « Le délit d’entrave. Conclusions », *Dr. soc.* 1979. 109.

MALLET-POUJOL (N.)

- « Appropriation de l’information : l’éternelle chimère », *D.* 1997. 331.

MALLEVAYS (V.) & VIGNAL (P.)

- « À l’impossible, nul n’est tenu (sauf le comité d’entreprise…) », *SSL* 2016, n° 1738, p. 12.

MANDY (C.)

- « Les “nouveaux pouvoirs” de l’inspection du travail après l’ordonnance du 7 avril 2016 », *Dr. soc.* 2017. 170.

MARIANO (C.)

- « Les zones d’ombre de la négociation collective en l’absence de délégué syndical », *BJT* 2020, n° 4, p. 44.

MARQUET DE VASSELOT (L.)

- « De l’expression par le comité d’entreprise de son avis », *RJS* 2000. 607.

MARQUET DE VASSELLOT (L.) & MARTINON (A.)

- « Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise », *JCP S* 2014. 1183.
- « Données économiques : l'obligation de diffuser », *JCP S* 2020. 2027.

MARTIN (C.), BORESTEL (A.) & KAUNY (Y.)

- « De nouvelles précisions jurisprudentielles sur les orientations stratégiques », *JCP S* 2022. 1159.

MARTIN-MARTINIÈRE (J.)

- « Le délit d'entrave. II », *Dr. soc.* 1979. 99.

MARTINON (A.)

- « Les sanctions extérieures au droit privé », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 21.
- « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveaux partages de responsabilité ? », *JCP S* 2013. 1263.
- « La sanction extra-pénale dans le droit des relations de travail », in B. TEYSSIÉ, *La norme pénale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 96.
- « Regards sur les avis en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 275.
- « Les actions en exécution de l'accord collectif de travail », *Dr. soc.* 2023. 234.

MARTINON (A.) & PESKINE (E.)

- « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *Dr. soc.* 2017. 115.

MATHIEU (B.)

- « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective. À propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.* 1997. 152.

MAYAUD (Y.)

- « Les recours au juge répressif », *Dr. soc.* 1987. 510.

MAYNIAL (P.) & KELLER (M.)

- « Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ? », *RDT* 2007. 428.

MAZEAUD (A.)

- « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. soc.* 2009. 669.

MEFTAH (I.)

- « La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication », *Dr. ouvr.* 2020. 640.

MEKKI (M.)

- « L'efficacité et le droit. Essai d'une théorie générale », in M. MEKKI & K. YOSHIDA, *L'efficacité et le droit. Regards croisés franco-japonais pour une nouvelle politique juridique des gouvernances pluridimensionnelles*, éd. de Yuhikaku, 2010.

MÉSA (R.)

- « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* 2012, n° 41, p. 5.

MICHEL (J.)

- « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. soc.* 2004. 817.

MILET (L.)

- « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 470.
- « Voyage en "Absurdie" : la Chambre sociale de la Cour de cassation et les délais de consultation du comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2016. 751.
- « La représentation du personnel du GR-PACT comparée à celle de l'ordonnance 22 septembre 2017 », *Dr. soc.* 2018. 257.

MOIZARD (N.)

- « La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2019. 410.

MORAND (M.)

- « Normes collectives et consultation des représentants du personnel », *JCP S* 2013. 1106.
- « La négociation avec les élus dans la loi Rebsamen », *RJS* 2016. 497.

MOREL (F.) & BRIHI (R.)

- « Faut-il (encore) réformer le droit du travail ? », *RDT* 2022. 421.

MOREL (F.) & NIEL (S.)

- « Faisons enfin évoluer les institutions représentatives du personnel », *SSL* 2012, n° 1536, p. 5.

MORIN (C.)

- « Les modes alternatifs de négociation », *Dr. soc.* 2019. 409.

MORIN (M.-L.)

- « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988. 24.
- « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 643.
- « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997. 25.
- « Démocratie sociale ou démocratie politique ? La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 179.
- « Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective », *Dr. ouvr.* 2018. 118.

MORIN (J.)

- « Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales », *Dr. ouvr.* 2018. 457.

MORVAN (P.)

- « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2000. 987.
- « À quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 140.
- « La consultation du comité d'entreprise lors d'opérations de cession ou de restructuration : un corps malade ? », *JCP S* 2015. 1171.

MOTTIN (J.)

- « Les comités d'entreprise (étude de l'ordonnance du 22 février 1945) », *JCP* 1945. I. 470.

MOULIN (J.-M.)

- « La participation des salariés à la gestion de la société (le comité d'entreprise actionnaire) », *BJS* 2002, n° 5, p. 571.

MRAOUAHI (S.)

- « L'expert du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 617.

DE MUNCK (J.)

- « Les trois crises du droit du travail », *Dr. soc.* 1999. 443.
- « Procéduralisation du droit et négociation collective », in P. COPPENS & J. LENOBLE, *Démocratie et procéduralisation du droit*, Travaux des XVI^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, t. XXX, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 261.

DE MUNCK (J.) & LENOBLE (J.)

- « Droit négocié et procéduralisation », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 171.

NICOD (C.)

- « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT* 2015. 549.

NIEL (S.)

- « Le comité d'entreprise entre dans la co-décision », *SSL* 2002, n° 1073, p. 9.
- « Mettre en place un conseil d'entreprise », *Cah. DRH* 2017, n° 246, p. 30.
- « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL* 2017, n° 1785, p. 6.

ODOUL-ASOREY (I.)

- « De "l'information-consultation anticipée" des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation ? », *RDT* 2013. 192.
- « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », *Dr. soc.* 2014. 356.
- « Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel », *Dr. ouvr.* 2016. 426.
- « Point de départ du délai préfix d'information consultation sur les orientations stratégiques en l'absence de BDES », *RDT* 2018. 465.
- « La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants », *Dr. ouvr.* 2019. 461.
- « Syndicats et gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 2020. 125.
- « La mise en conformité de la loi avec le droit européen à l'information appropriée des représentants du personnel », *Dr. ouvr.* 2020. 524.

OHEIX (G.)

- « L'information du comité d'entreprise en cas de licenciement collectif », *Dr. soc.* 1979. 49.

OLLIVIER (M.) & TAILLARDAT-PIETRI (B.)

- « L'APC : opportunités et précautions d'emploi », *SSL* 2018, n° 1827, p. 6.

OLSZAK (N.)

- « L'usine au XIX^e siècle », *SSL* 2003, n° 1140, p. 12.

PAGNERRE (Y.)

- « La négociation sur le CSE », *RJS* 2019. 235.

PAOLI (L.)

- « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 116.

PARÈS (C.)

- « La production forcée par voie judiciaire des informations dues au comité d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2010. 170.

PAUCARD (D.), BRUGGEMAN (F.) & VERKINDT (P.-Y.)

- « Restructurations et expertises », *Dr. soc.* 2006. 334.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.)

- « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence "égalité de traitement" », *SSL* 2015, n° 1663, p. 7.
- « Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de "démocratie sociale" », *Cah. soc.* 2017, n° 302, p. 39.
- « L'accord collectif et le juge », *Dr. soc.* 2017. 96.

PÉLISSIER (J.)

- « Droit des conventions collectives. Évolution ou transformation », *in* Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 95.

PÉLISSIER (C.)

- « Le droit à l'information et à la consultation des travailleurs », *Revue de l'Union européenne* 1997, n° 406, p. 203.

PÉPY (D.)

- « Les comités d'entreprise. L'ordonnance du 23 février 1945 », *Dr. soc.* 1945. 45.

PERILLI (M.), DELANNOY (C.) & LEYNAUD (E.)

- « Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? », *Cah. DRH* 2018, n° 250, p. 121.

PERNOT (C.) & BENTO DE CARVALHO (L.)

- « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les "ordonnances Macron" ? », *Dr. soc.* 2020. 43.

PERRIER (G.)

- « La société européenne : vers une contractualisation accrue de la représentation du personnel », *JCP S* 2005. 275.

PERULLI (A.)

- « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006. 85.
- « Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe », *RDT* 2015. 170.

PESKINE (E.)

- « La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.* 2014. 438.
- « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT* 2015. 339.

PETIT (F.)

- « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », *Dr. soc.* 2002. 1073.
- « Comité d'entreprise : vers une logique de coopération », *Cah. soc.* 2014, n° 266, p. 526.
- « Les nouvelles attributions économiques des comités d'entreprise », *Dr. ouvr.* 2014. 482.
- « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ? », *Dr. soc.* 2015. 952.
- « Loi relative au dialogue social et à l'emploi : entre amélioration et simplification de la représentation collective des salariés », *Dr. soc.* 2015. 850.
- « Les représentations élue et syndicale dans leurs derniers états », *Dr. soc.* 2018. 511.
- « Les modes dérogatoires de négociation collective », *in* Droit social international et européen en mouvement, *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 405.
- « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », *BJT* 2019, n° 12, p. 42.

- « Les mutations de la représentation des personnels. Du comité social et économique au conseil d'entreprise », *RDS* 2020. 7.

PICCOLI (V.)

- « Le régime de l'expertise après les ordonnances du 22 septembre 2017 », *JCP S* 2017. 1354.

PIGACHE (C.)

- « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », in C. PIGACHE, *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, PUR, 2004, p. 107.

PIGNONI (M. T.)

- « La syndicalisation en France », *DARES Analyses* 2016, n° 25.

PORTA (J.)

- « Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations », *Travail et Emploi* 2019, n° 158, p. 95.

PRÉTOT (X.)

- « Le droit répressif non pénal (droit du travail et de la protection sociale) », *Dr. soc.* 2000. 964.

DE QUENAUDON (R.)

- « Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise », in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 263.

RAY (J.-E.)

- « Protéger l'information, aujourd'hui et demain », *Dr. soc.* 2013. 111.

RÉMY (P.)

- « Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand », *Dr. soc.* 2008. 902.
- « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *SSL* 2011, n° 1508, p. 63.
- « “Le droit à la participation” en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », *Dr. soc.* 2015. 974.
- « Autonomie collective + cogestion = autogestion ? Regards comparés du point de vue du droit allemand », *SSL* 2016, n° 1631, p. 85.
- « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.* 2017. 1050.

RICHARD (E.)

- « La loi *Sécurisation de l'emploi* instaure-t-elle de “nouveaux droits collectifs” ? », *Dr. ouvr.* 2013. 530.

RIOCHE (S.)

- « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.* 2018, n° 10, p. 77.

RIVERO (J.)

- « Syndicalisme et pouvoir démocratique », *Dr. soc.* 1965. 166.

RIVERO (J.) & VEDEL (G.)

- « Les principes économiques et sociaux de la constitution : le préambule », in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO & G. VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. 1, LGDJ, 1980, p. 93.

RÖDER (G.) & RECQ (J.-G.)

- « Restructurations et réductions de personnel en Allemagne », *Dr. soc.* 1994. 502.

RODIÈRE (P.)

- « Rapport français », in *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLV, Litec, 1994, p. 549.
- « Le comité d'entreprise à l'heure européenne », *Dr. ouvr.* 1995. 61.

ROGEZ (P.) & GOASDOUE (L.)

- « Le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? », *JCP S* 2017. 312.

ROMANS (F.)

- « Les relations professionnelles en 2017 : un panorama contrasté du dialogue social dans les établissements ? », *DARES Analyses* 2018, n° 15, p. 2.

RONGET (F.)

- « L'action en justice du comité d'entreprise », *JCP E* 2004. 471.

ROSA (F.)

- « La “négociation” dans les petites entreprises et les normes internationales », *Dr. ouvr.* 2018. 450.
- « La nature juridique des accords conclus “au sein” du CSE », *Dr. ouvr.* 2020. 632.

ROZEC (P.)

- « Les experts du comité d'entreprise, vers un réajustement de leur rôle ? », *JCP S* 2015. 1167.
- « Données économiques et responsabilité. Répression (dé)passée et responsabilisation pratique », *JCP S* 2020. 2031.

SACHS (T.)

- « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT* 2017. 585.

SACHS (T.) & WOLMARK (C.)

- « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Dr. soc.* 2017. 1008.

SACHS-DURAND (C.)

- « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *SSL* 1993, n° 658, p. 4.

SAINT-ESTEBEN (R.)

- « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *LPA* 2005, n° 14, p. 53.

SAINT-JOURS (Y.)

- « L'entreprise et la démocratie », *D.* 1993. 12.

SAINTOURENS (B.)

- « Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *BJS* 2002, n° 1, p. 7.

SALOMON (R.)

- « Chronique de droit pénal social », *Dr. soc.* 2021. 726.

SARAMITO (F.)

- « Le droit du travail en question », *Dr. ouvr.* 1986. 39.

SAUNIER (S.)

- « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *RSC* 2019. 31.

SAVATIER (J.)

- « La notion de représentativité des syndicats en droit français », *in* Les Cahiers de Droit, *Mélanges Beaulieu*, 1968, p. 437.
- « À propos de l'action en justice des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1987. 101.
- « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988. 89.

SCHMITT (M.)

- « Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne », *Dr. ouvr.* 2019. 438.

SCIBERRAS (J.-C.)

- « Comment renforcer le dialogue social en France ? », *Dr. soc.* 2019. 224.

SERENO (S.)

- « Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique », *Dr. soc.* 2019. 402.

SERVOUZE-MERCIER (A.) & MAYOUX (S.)

- « Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S* 2018. 1182.

SINAY (H.)

- « Le degré d'intensité de la présence syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969. 447.

SOUBIE (R.)

- « Observations sur l'évolution du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1983. 356.

SOURIAC-ROTSCHILD (M.-A.)

- « Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise », *Action jur.* 1996, n° 118, p. 3.
- « Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise. Des interrogations nouvelles », *Action jur.* 1996, n° 119, p. 3.
- « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996. 395.

SOURIAC (M.-A.) & BORENFREUND (G.)

- « La négociation collective entre désillusion et illusions », *in* Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 181.

STEHR (N.)

- « Le savoir en tant que pouvoir d'action », *Sociologie et sociétés* 2000, n° 1, p. 157.

DE STEXHE (G.)

- « Négociation : le degré zéro et l'évènement », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 197.

STOCKI (A.)

- « Les attributions du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés : le changement c'est maintenant ! (demain aussi probablement) », *Cah. soc.* 2018, n° 304, p. 101.

STRUILLOU (Y.)

- « “Une dynamique est à l'œuvre” », *SSL* 2018, n° 1835, p. 3.

STRUILLOU (Y.) & COURY (A.)

- « Les acteurs ont la main pour définir des dispositifs correspondant à leurs attentes et à leurs besoins », *SSL* 2014, n° 1636, p. 3.

SUPIOT (A.)

- « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et société* 1987, n° 6, p. 177.
- « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 463.
- « À propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Église », *Dr. soc.* 1991. 916.
- « La loi dévorée par la convention ? », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 631.
- « Autopsie du “citoyen dans l'entreprise” : le rapport Auroux sur les droits des travailleurs », in *Deux siècles de Droit du Travail. L'histoire par les lois*, Paris, éd. de l'Atelier, coll. Points d'appui, 1998, p. 265.
- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003. 59.
- « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010. 525.

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE

- « Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi », *Dr. ouvr.* 2013. 313.

TAGLIARINO-VIGNAL (N.)

- « Le droit du comité d'entreprise d'être informé et consulté dans le cadre d'opérations de fusion », *RJS* 2010. 99.

- « Opération de concentration et droit du comité d'entreprise », *RJS* 2011. 179.

TARASEWICZ (Y.)

- « Du bon usage des délais dans les consultations CE », *Liaisons soc.* 2016, n° 169, p. 69.

TARAUD (I.)

- « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.* 2013. 121.

TEISSIER (A.)

- « L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction (article L. 432-6 du Code du travail) », *JCP E* 2003. 662.
- « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », *RJS* 2004. 863.
- « Les restructurations et les instances de représentation du personnel », *JCP S* 2010. 1532.
- « Point de vue pratique : les accords de méthode », *JCP S* 2013. 1205.
- « Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1113.
- « Le conseil d'entreprise : repères pratiques », *JCP S* 2018. 1318.
- « L'accord de performance collective : quelques points de repère », *JCP S* 2020. 3029.

TEYSSIÉ (B.)

- « Les restructurations : le rôle du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989. 23.
- « Remarques sur le droit du travail », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 495.
- « Sur le droit pénal du travail », *Dr. soc.* 2000. 940.
- « Droit du travail et droit des affaires », *D.* 2004. 2698.
- « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », *Dr. soc.* 2005. 127.
- « Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel », in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 743.
- « La représentation des salariés dans la négociation collective d'entreprise », *RIDC* 2006. 503.
- « Le principe de compétitivité en droit du travail », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 405.
- « Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : vers un nouveau droit du travail ? », *JCP S* 2013. 1257.
- « L'expert économique du comité d'entreprise », *JCP S* 2014. 1424.

- « De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail », *JCP S* 2014. 1180.
- « La loi du 17 août 2015 ou l'art de l'équilibriste », *JCP S* 2015. 1352.
- « Variations sur un diptyque », *JCP S* 2017. 1125.
- « De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail », *JCP S* 2017. 1179.
- « Santé et sécurité dans le droit du comité social et économique », *JCP S* 2018. 1001.
- « Le conseil d'entreprise », *JCP S* 2018. 1011.
- « Le syndrome de Troie », *JCP S* 2018. 1229.
- « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *JCP S* 2018. 1112.
- « L'expert habilité du comité social et économique », *JCP S* 2021. 1040.
- « Le recours à un expert-comptable par le comité social et économique », *JCP S* 2021. 1072.

TISSANDIER (H.)

- « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », *Dr. soc.* 2015. 889.

TOMI (N.)

- « Le nouveau droit répressif du travail : sanctionner sans pénaliser ? », *Dr. soc.* 2017. 436.

TREMPÉ (R.)

- « Aux origines des comités mixtes à la production : les comités de libération d'entreprise dans la région toulousaine », *Revue d'histoire de la Deuxième Guerre mondiale et des conflits contemporains* 1983, n° 131, p. 41.

URBAN (Q.)

- « L'information-consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, un progrès en trompe-l'œil », *Dr. ouvr.* 2013. 381.

VACHET (G.)

- « La fonction organisationnelle de la convention collective », *in* Analyse juridique et valeurs en droit social, *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 559.

VALTICOS (N.)

- « Cinquante années d'activité normative de l'Organisation internationale du Travail », *RIT* 1969. II. 219.
- « L'avenir des normes internationales du travail », *RIT* 1979. II. 721.

VAN DE KERCHOVE (M.)

- « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales* 2005, n° 127, p. 22.

VASSEUR (M.)

- « Un nouvel essor du concept contractuel », *RTD civ.* 1964. 1.

VATINET (R.)

- « La négociation au sein du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1982. 675.
- « L'expression des salariés », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989 p. 395.
- « De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2002. 286.
- « L'accord de méthode en quête de cohérence », *Gaz. Pal.* 2007, n° 226, p. 10.
- « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 120.
- « Les experts du comité d'entreprise », *JCP S* 2015. 1166.

VEAUX (D.)

- « Le rôle des comités d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Dr. soc.* 1948. 87.

VEDEL (G.)

- « Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale », *Dr. soc.* 1947. 45.

VERDIER (J.-M.)

- « En marge du débat sur la réforme de l'entreprise : représentation élue et représentation syndicale du personnel en droit positif », *JCP* 1964. I. 1814.
- « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991. 5.
- « Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, éd. A. Pedone, 1999, p. 607.

VERDIER (J.-M.) & LANGLOIS (P.)

- « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972. 253.

VÉRICEL (M.)

- « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 1153.
- « Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise », *Dr. soc.* 2018. 924.
- « Le comité social et économique et l'urgence », *RJS* 2020. 879.

VERKINDT (P.-Y.)

- « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Dr. soc.* 1998. 321.
- « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010. 519.
- « Les nullités en droit du travail », in B. TEYSSIÉ, *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 206.
- « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S* 2012. 1233.
- « Octobre 1946 : assurances sociales et médecine du travail au miroir de la démocratie sociale », *RDSS* 2014. 251.
- « L'association des syndicats à l'élaboration de la loi », *Dr. soc.* 2015. 954.
- « Brèves remarques sur le cadre de la représentation du personnel dans la proposition de code du travail du GR-PACT », *Dr. soc.* 2018. 267.
- « Quelle place pour l'expertise et les experts dans la représentation du personnel après les réformes de l'automne 2017 et du printemps 2018 ? », *RJS* 2018. 847.
- « Entre la représentation et la négociation, les droits de la collectivité des salariés », *Dr. ouvr.* 2019. 418.

VILBOEUF (L.)

- « Les amendes administratives en droit du travail après l'ordonnance du 7 avril 2016 », *Dr. soc.* 2017. 432.

VILLEGER (A.)

- « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion (première partie) », *Dr. soc.* 2019. 344.
- « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion (seconde partie) », *Dr. soc.* 2019. 426.

VINEY (G.)

- « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *Dr. soc.* 1988. 416.
- « L'appréciation du préjudice », *LPA* 2005, n° 99, p. 89.
- « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009. 2944.

VIVANT (M.)

- « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009. 1839.

VOLCKRICK (M.-E.)

- « Les usages du tiers dans la négociation », *Négociations* 2009, n° 12, p. 131.

WEISS (D.)

- « Information économique, entreprise et relations collectives : un dossier français », *Relations Industrielles* 1974, n° 1, p. 3.
- « Participation aux décisions et négociation collective », *Relations Industrielles* 1975, n° 4, p. 571.

WISSKIRCHEN (A.)

- « Le système normatif de l'OIT : pratique et questions juridiques », *RIT* 2005. 267.

WOLMARK (C.)

- « L'action dans l'intérêt collectif - Développements récents », *Dr. soc.* 2017. 631.

ZARIFIAN (P.)

- « Le syndicalisme face à l'entreprise industrielle », *Sociologie du Travail* 1985, n° 3, p. 336.

V- RAPPORTS

ARRIGO (G.) & CASALE (C.)

- *A comparative overview of terms and notions on employee participation*, ILO, Geneva, 2010 (trad. fr. T. BALLE & N. CASALE, *Une analyse comparative sur la notion de participation des travailleurs*, OIT, Genève, 2010).

ASSEMBLÉE NATIONALE

- *La participation des salariés dans l'Union européenne*, Rapport d'information, Assemblée nationale, 2006.

ATTALI (J.)

- *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, La Documentation française, 2008.

AUROUX (J.)

- *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La Documentation française, 1981.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

- *Rapport annuel*, 2021.

BARTHÉLÉMY (J.) & CETTE (G.)

- *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Rapport, Conseil d'Analyse Économique, 2010.

BÉLIER (G.)

- *Rapport sur les conditions de l'amélioration de la représentation des salariés dans les petites et moyennes entreprises*, Rapport remis au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, 1990.

BÉSSIÈRE (J.)

- *L'inspection du travail*, Rapport à Monsieur le Ministre Délégué aux Relations du Travail, 2005.

BÉTAILLE (J.) & alii

- *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Rapport, Mission de recherche Droit et Justice, 2017.

CALANDRA (P.)

- *Les attributions d'ordre économique des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise*, Rapport, Conseil économique et social, 1992.

CENTRE DES JEUNES DIRIGEANTS

- *Le conseil d'entreprise*, Rapport, 1986.
- *Le conseil d'entreprise. La volonté de dialogue*, Rapport, 1988.
- *Dialogue social, instaurer une culture de la négociation dans les entreprises*, Rapport, 2003.
- *Dialogue social : explorons ensemble de nouvelles voies*, Rapport, 2009.

COLLOMB (B.)

- *La démocratie dans l'entreprise*, Académie des sciences morales et politiques, Séance du 8 févr. 2010.

COMBEXELLE (J.-D.)

- *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, 2015.

CONSEIL D'ÉTAT

- *Le juge administratif et les sanctions administratives*, Dossier thématique, 2017.

COUR DE CASSATION

- *Le droit de savoir*, Rapport annuel, 2010.
- *L'ordre public*, Rapport annuel, 2013.

CSOEC

- *Guide des missions de l'expert-comptable d'assistance au comité d'entreprise, prévues par la loi et le règlement*, Guide pratique, 2014.

DGCCRF

- *Bilan d'activité*, 2021.

FRANCE STRATÉGIE,

- *Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail. Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation*, Rapport, 2018.

GALLOIS (L.)

- *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Rapport au Premier ministre, 2012.

LE GARREC (J.)

- *Rapport d'information sur la démocratie sociale*, Assemblée nationale, 2000.

HADAS-LEBEL (R.)

- *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, 2006.

INSTITUT MONTAIGNE

- *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport, 2015.

IRES

- *Évolution des comités d'entreprise : effets et usages des nouveaux outils de consultation issus de la Loi de Sécurisation de l'Emploi (LSE)*, Rapport, 2016.

MENU (M.)

- *Rapport fait au nom de la Commission du travail et de la sécurité sociale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, tendant à modifier l'article 5 de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise*, Sénat, 6 févr. 1958.

MILON (A.)

- *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, 20 déc. 2017.

MINISTÈRE DU TRAVAIL

- *La négociation collective. Questions-Réponses*, 2020.
- *Comité social et économique. Questions-Réponses*, 2020.

PIETRASZEWSKI (L.)

- *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Assemblée nationale, 6 juill. 2017.

PIETRASZEWSKI (L.) & MILON (A.)

- *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Assemblée nationale, Sénat, 31 juill. 2017.

SCHÖMANN (I.), CLAUWAERT (S.) & WARNECK (W.)

- *L'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. Transposition de la directive 2002/14/CE*, Rapport, Bruxelles, ETUI-REHS, 2006.

SIRUGUE (C.)

- *Rapport n° 2792 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi*, Assemblée nationale, 21 mai 2015.

SYNDEX

- *Guide des missions d'expertise pour les représentants des salariés*, 2018.

TAINTURIER (P.), THOBOIS (P.) & BOURGUIGNON (R.)

- *Les institutions représentatives du personnel face aux questions économiques*, Rapport, IRES, 2020.

THUDEROZ (C.)

- *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport, 2021.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

- *Analyse de 450 accords relatifs au comité social et économique signés entre le 22 septembre 2017 et le 30 mars 2018*, Rapport, École de Droit Social de Montpellier, 2019.

DE VIRVILLE (M.)

- *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, 2004.

VI- NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

ANDREO (E.)

- obs. sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, *RDT* 2007. 401.

ARSÉGUEL (A.)

- note sous Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *BJS* 1998, n° 3, p. 245.

AUBERT-MONPEYSSEN (T.)

- note sous Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *JCP E* 1998. 1407.

AUZERO (G.)

- obs. sous Cass. soc., 5 mai 1998, n° 93-13.498, *D.* 1998. 608.
- note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JSL* 2020, n° 500, p. 60.

AUZERO (G.) & BENTO DE CARVALHO (L.)

- obs. sous Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *Dr. soc.* 2022. 531.

BAUGARD (D.)

- obs. sous Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *RDT* 2022. 395.

BÉAL (S.) & KATCHADOURIAN (M.-N.)

- note sous Cass. soc., 5 juill. 2006, n° 04-43.213, *JCP E* 2006. 2636.

BERGERON (F.)

- note sous Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *BJT* 2022, n° 5, p. 30.

BEZIZ (L.),

- note sous Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, *SSL* 2018, n° 1831, p. 9.

BOUBLI (B)

- note sous Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *SSL* 1998, n° 893, p. 6.

BOULMIER (D.)

- note sous Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Dr. ouvr.* 1998. 350.

DE BRIER (H.)

- note sous Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 17-31.274, *Gaz. Pal.* 2019, n° 42, p. 49.

BROTONS (S.)

- note sous CAA Versailles, 9 févr. 2021, n° 20VE02948, *SSL* 2021, n° 1942, p. 11.

BUGADA (A.)

- note sous Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, *BJS* 2018, n° 6, p. 327.
- note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJS* 2020, n° 5, p. 16.

LE CANNU (P.)

- note sous Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15.883, *BJS* 1999, n° 2, p. 264.

CAVALLINI (J.)

- note sous CEDH, 21 nov. 2006, req. n° 34503/97, *JCP S* 2006. 2012.

CHAUVY (Y.)

- concl. sous Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *Dr. ouvr.* 1998. 49.

COHEN (M.)

- note sous Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *RJS* 1998. 435.
- note sous TGI Nanterre, réf., 10 sept. 2004, n° 04/2484, *SSL* 2004, n° 1194, p. 5.

DUQUESNE (F.)

- note sous Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-83.101, *RSC* 2005. 864.

FÉVRIER (F.)

- note sous Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-23.025, *SSL* 2019, n° 1853, p. 10.

FROUIN (J.-Y.)

- rapp. sous Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Dr. soc.* 1998. 579.
- rapp. sous Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *RJS* 1997. 818.

GOUËL (O.)

- note sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, *SSL* 2007, n° 1306, p. 13.

GUILLOUET (D.) & MUREAU (P.)

- note sous Cass. soc., 29 mars 2023, n° 21-17.729, *SSL* 2023, n° 2042, p. 10.

GUYADER (H.)

- note sous CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *SSL* 2009, n° 1426, p. 18.

HENRIOT (P.)

- note sous CA Paris, 19 juin 2008, n° 07/08646, *LPA* 2008, n° 198, p. 6.

ICARD (J.)

- note sous CA Paris, 19 nov. 2020, n° 20/06549, *BJT* 2020, n° 12, p. 30.

LE COHU (P.)

- note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *Gaz. Pal.* 2020, n° 20, p. 80.

LOISEAU (G.)

- note sous CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/07481, *Cah. soc.* 2018, n° 309, p. 346.

LYON-CAEN (A.)

- obs. sous Cass. soc., 18 mars 1997, n° 93-43.989, *D.* 1998. 256.
- obs. sous Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *D.* 1998. 245.

MALLEVAYS (V.), FÉVRIER (F.) & VIGNAL (P.)

- note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *SSL* 2020, n° 1898, p. 13.

MARIANO (C.)

- note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *BJT* 2020, n° 4, p. 23.
- note sous Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-23.660, *BJT* 2022, n° 11, p. 26.

MARRON (F.)

- note sous Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-10.625, *Gaz. Pal.* 2013, n° 82, p. 940.

MINÉ (M.)

- note sous Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15.417, *Dr. ouvr.* 1996. 317.

MORVAN (P.)

- note sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *JCP S* 2020. 1074.

MOULY (J.)

- obs. sous CE, 20 mars 2017, n° 391226, *Dr. soc.* 2017. 571.

ODOUL-ASOREY (I.)

- note sous TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211, *SSL* 2020, n° 1894, p. 51.

ORIF (V.)

- note sous Cass. soc., 13 juill. 2016, n° 15-14.801, *Gaz. Pal.* 2016, n° 42, p. 62.

PERNOT (C.)

- note sous Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, *Dr. ouvr.* 2022. 163.

PESKINE (E.)

- obs. sous Cass. soc., 5 déc. 2006, n° 05-21.641, *RDT* 2007. 329.

PEUGNY (L.)

- note sous TGI Toulouse, réf., 26 oct. 2016, n° 16/01818, *JCP S* 2016. 1416.

PONTIF (V.)

- obs. sous Cass. soc., 9 mai 2012, n° 11-13.687, *RDT* 2012. 564.

PRÉTOT (X.)

- obs. sous Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, *Dr. soc.* 1994. 139.

SIGNORETTO (F.)

- obs. sous Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22.759, *RDT* 2020. 559.

TEYSSIÉ (B.)

- note sous Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *TPS* 1998. 3.

TISSANDIER (H.)

- obs. sous TGI Sarreguemines, réf., 21 avr. 2009, n° 9.09/00048, *RDT* 2009. 390.

VATINET (R.)

- note sous Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, *JCP S* 2007. 1943.

VERNAC (S.)

- obs. sous Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-476 QPC, *Dr. soc.* 2015. 573.

WOLMARK (C.)

- obs. sous Cass. soc., 1^{er} juill. 2020, n° 18-21.924, *RDT* 2020. 627.

Index

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

Accord collectif

- action : 136 et s.
- application : 254 et s.
- consultation : 110 et s., 116, 119 et s., 123
- contestation : 256 et s.
- contrôle : 236 et s.
- de méthode : 227
- dénonciation : 113, 151
- gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 122
- révision : 113

Attributions

- articulation : 101
- économiques : 26
- générales : 97 et s.
- professionnelles : 26
- santé-sécurité : 26
- sociales : 26
- spéciales : 101 et s.

Avis

- conforme : *v. Veto*
- fiction : 43, 47
- portée : 77
- présomption : 43

Base de données économiques, sociales et environnementales

- accessibilité : 62 et s.
- information : *v. Information*
- support : 61
- utilité : 63

Catholicisme social : 14 et s.

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : 270

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 270

Charte du travail : 6

Charte sociale européenne : 269

Comité

- de gestion : 6
- d'entreprise : 7, 8
- d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail : 8
- mixte à la production : 6
- social d'établissement : 6

Comité social et économique

- action : 136
- création : 9
- effectif : 2
- intérêt à agir : 137
- intérêts : 142 et s.
- mise en place : 142
- qualité à agir : 137, 138
- participation : *v. Participation*
- préjudice : 141 et s.

Conseil d'entreprise

- accord constitutif : 344
- attributions : 350 et s., 353 et s.
- effectifs : 343
- histoire : 329 et s., 336 et s.
- généralisation : 338
- négociation : 346, 347, 351 et s.
- veto : 345, 350, 353 et s.

Consultation

- articulation : 88 et s.
- double : 103
- effet utile : 82, 103, 112, 124, 154
- liste : 101 et s., 105
- moment : 82
- ponctuelle : 88
- portée : 77
- récurrente : 88

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : 268

Décision

- définition : 25, 99, 111, 112
- économique : 25
- projet : 82
- réversibilité : 82, 124
- sociale : 25
- typologie : 98

Délai de consultation

- arrivée : 43
- constitutionnalité : 49
- contentieux : 46 et s., 236 et s.
- départ : 42, 50, 57
- durée : 42, 52, 57
- monopole syndical : 288 et s.
- nouveau : 51 et s., 56
- prolongation : 47 et s., 56
- sécurisation : 45 et s.
- suffisance : 42, 236 et s.

Délégation : 275

Délégation de pouvoirs

- effets : 179, 180
- principe : 179

Délégation unique du personnel : 10, 331, 334

Délégué : 274 et s.

- d'atelier : 5
- du personnel : 5
- mineur : 5
- syndical : v. *Syndicat*

Délit d'entrave

- délégation de pouvoirs : 179 et s., 203
- dépénalisation : 183 et s.
- élément légal : 176
- élément matériel : 177
- élément moral : 178
- faute lucrative : 187
- fonction : 186
- fonctionnement régulier : 176, 202, 203
- infraction formelle : 175
- négociation : 188 et s.
- notion : 176
- peine : 184 et s.
- qualification : 177
- responsabilité : 179 et s.
- tentative : 175

Démocratie

- économique : 17
- industrielle : 17
- politique : 16
- sociale : 16

Dispositions supplétives : 226

Dommages-intérêts : 141 et s.

Droit commercial :

- consultation : 165 et s.
- nullité : 161 et s.

Entreprise : 27

Épargne salariale (accord)

- nature : 285
- négociation : 284

Éthique de la discussion : 81 et s.

Expert : 67 et s.

- abus de droit : 69
- pouvoirs : 69
- secret : 69, 70

Expertise

- champ : 67
- financement : 68
- fonction : 67
- licenciement collectif : 104
- temps : 71

Faute lucrative : 187

Information

- accès difficile : 47
- accessibilité : 64
- analyse : 46
- contentieux : 47
- contenu : 41
- défaut : 50, 57 et s.
- définition : 39
- droit individuel : 40
- droit collectif : 40
- forme : 41
- fonctions : 39 et s.
- insuffisance : 46, 47, 51, 57 et s., 134

- périodicité : 39
- simplification : 61
- temporalité : 41

Inopposabilité

- application : 150
- notion : 150
- sanction : 151 et s.
- portée : 154

Inspection du travail : 194 et s.

Intérêts

- défense : 114
- expression : 142

Juge

- compétence : 55
- office : 236 et s., 320
- saisine : 46 et s., 54 et s.

Liberté syndicale

- droit constitutionnel : 274 et s.
- droit européen : 268 et s.
- droit international : 265 et s.

Licenciement collectif

- double consultation : 103
- expertise : 104
- nullité : 159 et s.
- préjudice : 143

Mandat : 275

Médiation : 315, 320

- arbitrage : 321, 354

Monopole syndical

- constitutionnalité : 274 et s., 278 et s.
- légalité : 279 et s.
- principe : 247 et s.
- suppression : 259
- tempérament : 284 et s.

Négociation collective

- autonomie : 265 et s., 277
- délit d'entrave : 188 et s.
- monopole syndical : *v. Monopole syndical*
- participation : 11, 219 et s., 228, 232 et s.
- représentation du personnel : 11

Négociation collective (substitutive) : 260, 282

- entreprises de moins de cinquante salariés : 302
- entreprises de plus de cinquante salariés : 303
- histoire : 300 et s.
- mandatement syndical : 302, 303
- objet : 306 et s.

Nullité

- application : 157
- droit commercial : 162 et s.
- licenciement collectif : 159 et s.
- notion : 157

Organisation internationale du travail

- convention n° 135 : 265 et s.
- recommandation n° 94 : 20
- recommandation n° 129 : 20

Ordre public : 225 et s.

Participation

- définition : 3
- entrave : *v. Délit d'entrave*
- organes sociaux : 27, 164
- sources : 18 et s.

Participation (principe de)

- histoire : 21
- juridicité : 22
- portée : 23

Référé : 46, 55

- suspension : 135

Représentation du personnel : 5, 8, 114

- double canal : 247 et s.
- fusion : 331 et s.
- histoire : 247
- regroupement : 329 et s.

Répression (administrative)

- amende : 202 et s.
- célérité : 197
- principe : 194, 195
- technicité : 199

Sanction

- administrative : 193 et s., 202 et s.
- civile : 131 et s.
- dommages-intérêts : 141 et s.
- inopposabilité : 149 et s.
- nullité : 157 et s.
- pénale : 175 et s.
- suspension : 134 et s.

Stipulation pour autrui : 255

Suspension

- décision : 53
- délai de consultation : 47
- effets : 134, 137
- notion : 134
- sanction : 134 et s.

Syndicat

- action : 136
- légitimité : 249 et s.
- monopole : 247 et s.
- représentativité : 249 et s.

Veto : 158, 312 et s., 318

- conseil d'entreprise : 345, 346
- négociation : 314 et s.
- notion : 312
- suspension : 315
- thèmes : 313
- arbitrage : 320 et s.

Table des matières

Introduction.....	12
Section 1. Le comité social et économique	15
§1. L’histoire.....	16
§2. La consécration.....	20
Section 2. La participation	23
§1. Les ressorts.....	23
I. Le catholicisme social.....	23
II. L’idéal démocratique	26
§2. Les sources	29
I. Le droit européen et international.....	29
II. Le droit français	31
Section 3. Les décisions économiques de l’entreprise.....	36
§1. La délimitation	36
§2. La captation.....	40
Partie 1. La participation stabilisée.....	42
Titre 1. La dynamique de l’information-consultation.....	43
Chapitre 1. La consolidation de l’obligation d’information.....	44
Section 1. L’information au service de la consultation	45
§1. Le double rôle de l’information.....	45
I. Un rôle substantiel	45
II. Un rôle procédural.....	51
§2. Un moyen de contestation de la régularité de la consultation.....	55
I. Une sécurisation du temps des procédures de consultation.....	56
II. Une altération de la sécurisation du temps des procédures de consultation	67
Section 2. L’information d’accessibilité contrainte.....	73
§1. Les contraintes matérielles.....	73
I. Le glissement d’une base de données à une base documentaire.....	76
II. Une confusion des temps d’information et de consultation	79
§2. Les contreparties intellectuelles	80
I. Une composante de la participation	81
II. Un outil d’élargissement du champ de l’information	85
Chapitre 2. La sédimentation de l’obligation de consultation	92
Section préliminaire. Le sens de l’obligation de consultation	93

§1. La procédure : versant formel de la consultation	95
§2. L'éthique de la discussion : versant substantiel de la consultation	97
Section 1. La consultation sur une décision unilatérale de l'employeur.....	107
§1. L'articulation des consultations récurrentes et ponctuelles	107
§2. L'articulation des attributions générales et spéciales	114
I. La portée incertaine des attributions générales	114
II. L'articulation conflictuelle entre attributions générales et spéciales	122
Section 2. La consultation sur une décision négociée de l'employeur	129
§1. La consultation sur le projet d'accord collectif.....	129
I. Une exigence jurisprudentielle	129
II. Une suppression législative.....	133
§2. La consultation sur l'application de l'accord collectif	138
I. L'ambiguïté de la consultation	138
II. L'inanité de la consultation.....	143
Titre 2. L'efficacité des sanctions de l'information-consultation.....	147
Chapitre 1. Les sanctions civiles	148
Section 1. Les sanctions civiles actuelles	149
§1. La suspension du projet décisionnel de l'employeur.....	149
I. Le principe.....	149
II. Les limites	155
§2. L'allocation de dommages-intérêts.....	160
I. Le principe.....	160
II. Les limites	165
Section 2. Les sanctions civiles potentielles	166
§1. L'inadaptation de la sanction d'inopposabilité	166
I. Une application jurisprudentielle confuse.....	167
II. Une systématisation délicate	172
§2. L'extension de la sanction de nullité	175
I. Une sanction efficace	175
II. Une application contestée	181
Chapitre 2. Les sanctions pénales	193
Section 1. Le déclin du délit d'entrave	194
§1. L'omniprésence du délit d'entrave	194
I. Une incrimination permanente	194
II. Une responsabilité permanente	199
§2. Le délitement du délit d'entrave.....	203
I. La dépénalisation du délit d'entrave	203
II. L'éviction du délit d'entrave.....	213

Section 2. L'avènement d'un manquement administratif	217
§1. L'hypothèse d'une répression administrative.....	217
I. Un angle mort de la répression administrative	217
II. Un gage de célérité et de technicité.....	221
§2. La réalisation d'une répression administrative.....	225
I. La création d'une amende administrative	225
II. La variabilité du montant de l'amende administrative	230
Partie 2. La participation renouvelée	235
Titre 1. Le renouvellement des sources.....	236
Chapitre 1. La négociation sur la participation	237
Section 1. La conventionnalisation de la participation	238
§1. L'essor de la négociation sur la participation	238
I. Une évolution progressive des thèmes de négociation	238
II. Une constitutionnalité affirmée.....	240
§2. Le réagencement en triptyque des dispositions sur la participation	242
I. La logique du triptyque	243
II. La teneur du triptyque.....	246
Section 2. La plasticité de la participation	249
§1. L'optimisation de la participation	249
§2. L'effacement du contrôle judiciaire	254
Chapitre 2. L'acteur de la négociation sur la participation	260
Section 1. Un acteur classique : le syndicat	261
§1. Le monopole syndical de négociation collective.....	261
I. Un monopole justifié.....	261
II. Un monopole dépassé	264
§2. L'éviction du monopole syndical de négociation collective	267
I. L'inadéquation du monopole syndical de négociation sur la participation.....	267
A. L'application de l'accord au comité social et économique	267
B. La contestation de l'accord par le comité social et économique.....	269
II. La suppression du monopole syndical de négociation sur la participation.....	272
Section 2. Un acteur nouveau : le comité social et économique	275
§1. La permissivité du droit international et européen	276
I. La dépendance fictive du droit de négociation collective à la liberté syndicale	276
II. L'autonomie du droit de négociation collective vis-à-vis de la liberté syndicale...	279
§2. La permissivité du droit national.....	282
I. L'absence de monopole syndical constitutionnel	282
A. Le monopole syndical au prisme du Préambule de la Constitution de 1946	283
B. Le monopole syndical au prisme de la jurisprudence constitutionnelle	287

II. L'inconstance du droit légal relatif au monopole syndical.....	291
A. Les accords conclus alternativement avec le comité social et économique	292
B. Les accords conclus exclusivement avec le comité social et économique	295
1. L'accord relatif à la visioconférence	295
2. L'ancien accord relatif aux délais de consultation	296
Titre 2. Le renouvellement de l'esprit	300
Chapitre 1. L'existence d'une négociation ponctuelle	302
Section 1. La négociation soumise à l'absence de représentation syndicale	303
§1. La diversification des agents substitutifs de négociation collective.....	303
I. Une reconnaissance progressive	303
II. Une priorité syndicale en recul	306
§2. La diversification de l'objet de la négociation collective substitutive	308
I. Un cantonnement historique	309
II. Un cantonnement suranné	310
Section 2. La négociation soumise à l'apposition d'un veto à la décision.....	312
§1. L'embryon d'une négociation sur la décision	312
I. Le caractère exceptionnel du veto	313
II. L'ouverture d'une négociation avec l'employeur	316
§2. L'extension d'une négociation sur la décision	320
I. Une doctrine partagée	320
II. L'appel à un tiers départageant	323
Chapitre 2. La consécration d'une négociation permanente.....	326
Section 1. La lente maturation d'une instance unique de participation	327
§1. La genèse de l'idée	327
I. Une ébauche de regroupement.....	327
II. Une ébauche de fusion.....	328
§2. Les nouveaux jalons d'une vieille idée.....	331
I. L'amorce d'une évolution culturelle.....	332
II. La sommation d'une évolution culturelle	333
Section 2. L'avènement d'une instance unique de participation	336
§1. Une mise en place difficile.....	336
I. Une éligibilité incertaine.....	336
II. Un marchandage délicat.....	339
§2. Une participation totale.....	344
I. Une plénitude d'attributions	344
II. Une articulation raisonnée des formes de participation.....	349
Conclusion.....	354

<i>Bibliographie</i>	356
<i>Index</i>	418
<i>Table des matières</i>	423

Résumé :

Le comité d'entreprise, devenu comité social et économique, participe aux décisions économiques de l'entreprise. Cette participation emprunte, pour l'essentiel, deux formes : l'information-consultation et la négociation. L'information-consultation est la forme la plus ancienne ; sa dynamique est désormais stabilisée. Procédant d'un incrémentalisme désordonné, l'information-consultation du comité social et économique sur les décisions de l'employeur est critiquable. Elle n'a pas pour objet de lier ce dernier. Les sanctions de la méconnaissance de l'obligation d'information-consultation du comité social et économique ne sont pas non plus de nature à assurer l'effectivité de cette forme de participation. L'essor de la négociation comme vecteur de participation du comité social et économique pourrait résoudre ces difficultés. La négociation transforme son rôle dans l'entreprise. Au terme d'évolutions multiples, le comité social et économique devient progressivement co-titulaire du pouvoir décisionnel dans l'entreprise, en étant l'interlocuteur privilégié de l'employeur dans la négociation. Il intervient pour organiser les conditions de sa participation dans l'entreprise, et pour pallier l'absence de négociateur syndical. Cette accession nouvelle du comité social et économique au pouvoir décisionnel de l'entreprise trouve son point d'orgue dans la possibilité offerte aux partenaires sociaux de décider sa transformation en conseil d'entreprise. Ce dernier est seul habilité à négocier avec l'employeur. Cette transformation marque une évolution capitale de sa participation aux décisions économiques de l'entreprise.

Descripteurs : Comité social et économique – Comité d'entreprise – Conseil d'entreprise – Participation aux décisions – Information – Consultation – Négociation – Attributions économiques – Veto – Délit d'entrave – Représentation du personnel – Accord collectif

Abstract:

The works council, which has become the social and economic committee, participates in the economic decisions of the company. This participation takes two main forms: information-consultation and negotiation. Information-consultation is the oldest form; its dynamic is now stabilized. Proceeding from a disordered incrementalism, the information-consultation of the social and economic committee on the decisions of the employer is open to criticism. Its purpose is not to bind the latter. The sanctions of the disregard of the obligation of information-consultation of the social and economic committee are not likely to ensure the effectiveness of this form of participation either. The development of negotiation as a means of participation of the social and economic committee could resolve these difficulties. Negotiation transforms its role in the company. Following a number of developments, the social and economic committee is gradually becoming the joint holder of decision-making power in the company, by being the employer's preferred negotiating partner. It intervenes to organize the conditions of its participation in the company, and to compensate for the absence of a trade union negotiator. This new accession of the social and economic committee to the decision-making power of the company culminates in the possibility offered to the social partners to decide its transformation into a company council. The latter has the sole right to negotiate with the employer. This transformation marks a major evolution in its participation in the economic decisions of the company.

Keywords: Social and Economic Committee – Works Council – Company Council – Participation in decision-making – Information – Consultation – Negotiation – Economic prerogatives – Veto – Obstruction – Collective representation – Collective bargaining
