

## ANALYSE

### La communauté de travail, clé du renouveau de la représentation et de la négociation collective ?

*Alors qu'un consensus se dessine au sein des pays développés pour appeler à un capitalisme plus responsable, la quête d'un meilleur équilibre entre contraintes économiques et désir légitime des salariés en matière de qualité et de stabilité de leur emploi passe notamment par la réhabilitation de l'entreprise comme lieu de négociation collective. Encore faut-il être capable de saisir ce qu'est aujourd'hui une entreprise, dont l'existence tend à se dissoudre dans des groupes de sociétés dont les frontières, économiques et nationales, deviennent de plus en plus floues. Le faire à travers la réalité de la « communauté de travail » permet de retrouver de la clarté et de la cohérence. Mais ce qui a pu être entrepris sur le territoire national pour adapter le champ de la négociation collective et le champ de compétence des institutions représentatives du personnel aux réalités de la vie économique tarde à être reproduit à l'échelle de l'Union européenne et, a fortiori, dans un cadre plus large.*

En France depuis le début des années 1980, les conventions collectives ont pris une importance croissante comme source du droit du travail. En témoignent notamment les procédés de renvoi de la loi à la négociation collective, soit pour compléter ses propres dispositions, soit pour lui déroger en tout ou partie. Par ailleurs, tout projet de réforme du Gouvernement qui relève du champ de la négociation nationale interprofessionnelle doit désormais faire l'objet d'une concertation préalable avec les organisations représentatives des salariés et des employeurs en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation<sup>1</sup>. En outre, les diverses institutions représentatives du personnel (section syndicale, délégué syndical, délégué du personnel, comité d'entreprise, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) sont dotées de nombreuses attributions qui leur font jouer un rôle cardinal dans l'entreprise.

Il existe pourtant une crise de la représentation, qui dépasse le seul problème de la faiblesse du taux de syndicalisation<sup>2</sup>. En réalité la négociation collective ne s'est pas développée à la mesure des nombreuses possibilités qu'offre désormais le Code du travail. Quant aux représentants du personnel, ils ont souvent l'impression d'être mal informés, voire évincés sur des sujets cruciaux pour le devenir des entreprises : stratégie à court et moyen terme, évolution capitaliste, modification des structures juridiques, choix technologiques.

La cause est sans doute à rechercher dans **le manque croissant de pertinence du champ de la négociation collective ou du champ de compétence de l'institution représentative du personnel concernée**. Le décalage entre ces champs et les matières dans lesquelles il serait utile de négocier, d'être informé ou consulté est lié aux évolutions du capitalisme moderne. Les communautés de travail naissent, se transforment et meurent au gré des évolutions de l'organisation des entreprises qu'elles suivent nécessairement. **Bien qu'il n'existe pas de définition juridique de la communauté de travail, celle-ci se donne à voir par le prisme des organes de représentation et de négociation des travailleurs**. Il est

<sup>1</sup> Loi n° 2008-67, 21 janv. 2008, art. 3. ; J.-E. Ray, "Quel droit pour la négociation collective de demain ?", *Dr. soc.* 2008, pp. 3-15.

<sup>2</sup> Auquel la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant modification des règles de la représentativité a voulu remédier et qui ne produit pas encore tous ses effets ; voir J. Tournadre-Planck et B. Verrier, « La démocratie politique représentative comme modèle pour la démocratie sociale », Centre d'analyse stratégique, *La note de veille* n° 99, mai 2008.

donc important que ces organes puissent coïncider avec la réalité des communautés qu'ils représentent. L'imagination des juristes du travail (praticiens, magistrats) et du législateur a permis de faire évoluer les règles de la représentation et de la négociation collective pour réduire ce décalage, lorsque celui-ci se produisait à l'intérieur de nos frontières nationales. En revanche, l'internationalisation de l'activité des entreprises, et donc des collectivités de travail, rend l'exercice plus délicat. Il devient en effet difficile de circonscrire ce que peut être une communauté de travail transfrontalière et, ce faisant, de créer des institutions transfrontalières représentatives du personnel ou des aires de négociation collective qui dépassent les frontières nationales.

## Les impacts des évolutions des activités économiques sur le périmètre de la communauté de travail

La première difficulté a consisté à fixer des aires adéquates de **représentation collective**. Pour l'essentiel il s'est agi au début des années 1970 de se départir des constructions sociétaires. En effet, la communauté de travail n'épouse pas la notion d'entreprise dont elle se distingue à plusieurs égards. Le plus souvent, l'organisation juridique d'une entreprise diffère de son organisation économique. Pour des raisons tenant à la répartition des pouvoirs dans les organes de direction, à la fiscalité, au financement des investissements, un entrepreneur peut être conduit à séparer ses activités au sein d'entités juridiquement distinctes et, par exemple, à créer autant de sociétés que d'établissements exploités.

### *Unité économique et sociale*

À l'époque, ces séparations juridiques furent parfois le moyen de contourner l'obligation de mettre en place des **institutions représentatives du personnel**, en abaissant artificiellement les effectifs en-dessous des seuils prescrits par la loi. En réaction, la Cour de cassation puis le législateur décidèrent de compter les effectifs de ces entités juridiques en recourant à la notion d'**unité économique et sociale** (UES)<sup>3</sup>. Celle-ci est caractérisée par une identité ou complémentarité des activités, une concentration des pouvoirs de direction, le centre de décision commun devant se situer à l'intérieur du périmètre de l'UES, et une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires. Lorsqu'une telle unité regroupant au moins 50 salariés est reconnue par convention ou décision de justice entre plusieurs entités juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire<sup>4</sup>. Exclusivement prévue dans la loi pour le comité d'entreprise, cette obligation a été étendue par la jurisprudence à l'élection des délégués du personnel et la désignation de délégués syndicaux communs à plusieurs entreprises.

### *Groupe de sociétés*

Le capitalisme français est également friand de constructions juridiques qui font intervenir plusieurs sociétés qui ont entre elles des liens capitalistiques (holdings, filiales etc.). L'enquête sur les liaisons financières inter-entreprises réalisée par l'Insee<sup>5</sup> observe qu'il existe en France plus de 31 000 groupes (hors secteur financier et agricole). Les sociétés contrôlées par un groupe emploient 56 % des salariés de l'ensemble des entreprises (hors salariés sous contrat d'intérim) soit 7 851 000 salariés travaillant en France au 1<sup>er</sup> janvier 2004. Elles produisent 62 % de la valeur ajoutée, génèrent 60 % de l'excédent brut d'exploitation et totalisent 75 % des immobilisations corporelles brutes des entreprises françaises. Il est indéniable que les salariés de ces différentes sociétés ont le plus souvent des intérêts communs. Le législateur décide donc que l'existence d'un tel conglomérat implique la création d'un **comité de groupe**<sup>6</sup>. Celui-ci est constitué au sein du groupe formé par une entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies par le Code de commerce. La communauté de travail est ici constituée de travailleurs appartenant à des entreprises liées entre elles par des participations à leur capital.

Mais aucune institution représentative du personnel n'a été créée pour tenir compte de l'existence d'un groupe de sociétés transfrontalier même s'il faut signaler l'exception notable du **comité d'entreprise européen** dont le champ d'intervention se limite bien sûr aux États membres de l'Union et dont le fonctionnement provoque de nombreux conflits (*v. encadré*).

<sup>3</sup> Cass. soc., 8 juin 1972 : Bull. civ. V, p. 382, n° 418. - Cass. soc., 31 mars 1977 : Bull. civ. V, p. 193, n° 246.

<sup>4</sup> C. trav. art. L. 2322-4.

<sup>5</sup> Insee, Répertoire des entreprises et des établissements – Enquête sur les liaisons financières : [http://entreprises.insee.fr/fichier\\_pdf/nat\\_lifi\\_2006\\_1.pdf](http://entreprises.insee.fr/fichier_pdf/nat_lifi_2006_1.pdf)

<sup>6</sup> C. trav., art. L. 2331-1.

**Le comité européen à l'heure des révisions**

Doit constituer un comité européen d'entreprise (CEE) ou le groupe de dimension communautaire employant au moins 1 000 salariés dans les États couverts par la directive communautaire n° 94/45 du 22 septembre 1994 et comportant au moins un établissement (ou, pour les groupes, une entreprise) d'au moins 150 salariés dans au moins deux de ces États<sup>7</sup>. Le CEE a pour attribution « *de garantir le droit des salariés à l'information et à la consultation à l'échelon européen* »<sup>8</sup>. Toutefois, seuls 841 comités d'entreprise européens (sur environ 2 400 groupes éligibles) sont en activité. Le nombre de ces groupes a tendance à augmenter en raison de l'internationalisation de l'activité des grandes entreprises françaises qui les conduit à employer environ deux fois plus de salariés à l'étranger qu'en France<sup>9</sup> (dans et hors Union européenne) alors même que un salarié sur sept travaille dans une filiale de groupe étranger, hors secteur financier et administration<sup>10</sup>.

La Résolution législative du Parlement européen du 16 décembre 2008 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'institution d'un CEE (TA(2008)0602) révisé la directive 94/45 du 22 septembre 1994. Cette révision porte sur trois points restés imprécis de la directive de 1994.

Il s'agit en premier lieu de la notion de « **questions transnationales** ». Pour la Commission devaient être « *considérées comme transnationales les questions qui concernent l'ensemble de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire ou au moins deux entreprises ou établissements de l'entreprise ou du groupe situés dans deux États membres différents* ». Cette définition aurait permis, par exemple, qu'une société mère ferme un établissement dans un autre État membre sans consulter le CEE. Cette question était au cœur de l'**affaire « Renault Vilvoorde »**<sup>11</sup> dans laquelle le CEE n'avait pas été consulté sur le projet de fermeture par Renault d'une usine située en Belgique. La définition adoptée le 16 décembre 2008 est beaucoup plus large. Sont considérés comme transnationaux « *les sujets qui, peu importe le nombre d'États membres concernés, sont importants pour le personnel européen en termes d'étendue de leurs effets potentiels ou qui impliquent un transfert des activités entre les États membres* ».

En second lieu, la **notion d'information** qui n'était pas définie par la directive 94/45 s'entend comme « *la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de permettre à ceux-ci de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner; l'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, qui permettent notamment aux représentants des travailleurs de procéder à une évaluation en profondeur de l'incidence éventuelle et de préparer, le cas échéant, des consultations avec l'organe compétent de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire en question* ».

En troisième, la **notion de consultation** se conçoit désormais comme « *l'établissement d'un dialogue et l'échange de vues entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié, à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs, d'exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures proposées qui font l'objet de la consultation, sans préjudice des responsabilités de la direction, lequel pourra être pris en compte au sein de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire* ». Ces questions étaient centrales dans l'affaire jugée par la Cour de cassation au sujet du **projet de fusion GDF-Suez**. L'article 4-3 de l'accord instituant le comité d'entreprise européen du groupe Gaz de France prévoyait que, « *en cas d'événements exceptionnels susceptibles d'affecter gravement l'intérêt des salariés du groupe (fusion), le comité devait être réuni et consulté dans un délai suffisant pour que les éléments du débat ou l'avis puissent être intégrés au processus de décision* ». La Cour de cassation a jugé que ce délai devait permettre aux intéressés de donner un avis au cours du processus devant aboutir à la décision, **avant la tenue du conseil d'administration** devant arrêter le projet de fusion, qui était irréversible. Au demeurant les procédures de consultation du comité d'entreprise et du comité européen d'entreprise n'ayant pas le même objet, ni le même champ d'application, les renseignements fournis lors de la réunion du comité d'entreprise de GDF n'assuraient pas nécessairement une complète information du comité d'entreprise européen (Cass. soc., 16 janvier 2008, n° 07-10.597, FS-PBR, GDF c/ Comité d'entreprise européen de GDF).

**Regroupement d'entreprises ou d'établissements distincts**

Dans d'autres cas, l'existence d'une communauté de travail se révèle lorsque plusieurs entreprises possèdent ou envisagent de créer certaines institutions sociales communes. Dans ce cas, les comités d'entreprise intéressés doivent constituer un **comité interentreprises** investi des mêmes attributions que les comités d'entreprise ou d'établissement<sup>12</sup>. Dans le même ordre d'idées, dans les établissements employant habituellement moins de 11 salariés et dont l'activité s'exerce sur un même *site* où sont employés durablement 50 salariés et plus, l'autorité administrative peut, de sa propre initiative ou à la

<sup>7</sup> C. trav., art. L. 2341-1.

<sup>8</sup> C. trav., art. L. 2341-1. Ont été également mises en place des modalités spécifiques de participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières (C. trav., art. L. 2371-1 et s.).

<sup>9</sup> Les entreprises du CAC 40 emploient 1,3 million de salariés en France sur un total de près de 4 millions dans le monde ; voir Lise Dervieux, « L'accélération de l'internationalisation des grands groupes français entre 1997 et 2002 », *Économie et statistique* n° 363-364-365, 2003

<sup>10</sup> J-W. Angel et V. Régner, « Les groupes étrangers en France : en dix ans, 1,8 fois plus de salariés », *INSEE Première*, n° 1069, mars 2006.

<sup>11</sup> TGI Nanterre 4 avril 1997 et CA Versailles 7 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 493.

<sup>12</sup> C. trav., art. R. 2323-28.

demande des organisations syndicales de salariés, imposer l'élection de délégués du personnel lorsque la nature et l'importance des problèmes communs aux entreprises du **site** le justifient<sup>13</sup>.

Il arrive enfin que ce soit la scission de l'entreprise en établissements distincts qui emporte la reconnaissance d'une communauté de travail propre aux établissements nécessitant la mise en place d'un **comité d'établissement** et d'un **comité central d'entreprise**, voire la désignation de délégués syndicaux.

### *Aires de négociation collective*

La seconde difficulté consiste à circonscrire des aires pertinentes de **négociation collective**. Historiquement, la négociation collective a donné naissance à de très nombreuses **conventions de branche** et d'**accords professionnels ou interprofessionnels**. Leur champ d'application est défini par rapport à des nomenclatures d'activité économique. Les pratiques d'externalisation et de sous-traitance qui se sont massivement développées depuis le début des années 1980 entraînent cependant une diminution importante du nombre de salariés couverts dans les branches dont les entreprises sont donneuses d'ordres, et leur augmentation corrélative dans celles dans lesquelles les entreprises sont preneuses d'ordres<sup>14</sup>. Certes, des solutions techniques aux problèmes soulevés par la couverture conventionnelle des salariés transférés d'une entreprise à une autre ont été trouvées<sup>15</sup>. Il faut toutefois retenir que les relations interentreprises ont un impact direct sur le périmètre des communautés de travail à l'intérieur des branches.

Il en est de même lorsque les entreprises se structurent en groupes de sociétés (*v. ci-dessus*). Ce fut donc une innovation majeure que celle qui a consisté à reconnaître que pouvait constituer une communauté de négociation la collectivité des salariés incluse dans le périmètre d'un groupe de sociétés. La Cour de cassation, puis la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 ont en effet ouvert la possibilité de négocier des conventions ou accords de groupe, qui emportent les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise alors qu'un groupe n'est pas une personne morale<sup>16</sup>.

### « L'intégration étroite et permanente à la communauté de travail », une notion en émergence

C'est sans doute pour juguler l'ensemble des difficultés soulevées par la mobilité des salariés à l'intérieur des groupes de sociétés ou dans le cadre des pratiques de sous-traitance et d'externalisation<sup>17</sup> qu'est apparue la notion « d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail ».

### *Circonscription électorale*

En effet, dans ces deux situations il est extrêmement difficile de circonscrire la communauté de travail des deux entreprises (donneuse et preneuse d'ordres). Or **les enjeux sont cruciaux** : franchissement des seuils d'effectifs, possibilité offerte ou non aux salariés des entreprises extérieures d'être électeurs et éligibles aux institutions représentatives du personnel, d'être représentés par le délégué du personnel de l'entreprise d'accueil etc. La question est si importante qu'elle a fait **l'objet de vives tensions entre le législateur, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation** (*v. encadré ci-après*).

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a tenté de clarifier le périmètre de la communauté de travail. S'agissant des **effectifs**, le législateur a décidé que devaient être pris en compte « (...) *les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires* ». S'agissant de **l'électorat**, la loi contient deux règles communes aux élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise<sup>18</sup>. Il est désormais exigé, pour y être électeur, une condition de présence dans l'entreprise utilisatrice de **douze mois continus**. Les salariés mis à disposition qui remplissent cette condition doivent

<sup>13</sup> C. trav., art. L. 2312-5. Cette disposition permet seulement l'élection de délégués du personnel et non la désignation d'un délégué syndical (Cass. soc., 13 janvier 1999 : Bull. civ. V, n° 20), ce qui n'autorise pas l'ouverture de négociations de site.

<sup>14</sup> « La sous-traitance : de la dépendance à la coopération », *Insee Méthodes*, n° 109, juin 2005.

<sup>15</sup> Le Code du travail prévoit que le texte continue de produire ses effets jusqu'à l'entrée en vigueur du texte qui lui est substitué ou, à défaut, pendant un délai d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée plus longue (C. trav., art. L. 2261-14). Passé ce délai, les salariés transférés conservent les avantages individuels acquis du chef des dispositions conventionnelles antérieures.

<sup>16</sup> C. trav., art. L. 2232-30 à L. 2232-35.

<sup>17</sup> L'externalisation consiste à confier la réalisation de certaines tâches à des prestataires extérieurs à l'entreprise en leur faisant reprendre les salariés concernés, soit conventionnellement, soit par application de la loi en cas de transfert d'une entité économique autonome, conservant son identité, et dont l'activité est poursuivie ou reprise par le prestataire extérieur (C. trav., art. L. 1224-1). Par la suite, le preneur d'ordres met le plus souvent ses salariés à disposition du donneur d'ordres pour exécuter le marché convenu.

<sup>18</sup> C. trav., art. L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1.

choisir s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice. S'agissant enfin de l'**éligibilité**, la loi retient que les travailleurs mis à disposition peuvent être élus en qualité de délégué du personnel au sein de l'entreprise utilisatrice s'ils y remplissent une condition de présence de **24 mois continus**, mais qu'ils ne peuvent pas être élus au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice.

#### Mise à disposition de personnel et intégration des salariés à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil

La Cour de cassation avait jugé que dès lors qu'ils *participaient au processus de travail* de l'entreprise qui les occupait, les travailleurs mis à disposition de celle-ci devaient entrer dans le calcul de l'effectif<sup>19</sup>. Elle indiqua ensuite qu'étaient concernés les travailleurs qui « participaient aux *activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice* » et qu'il en résultait que cette participation n'était pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci<sup>20</sup>.

La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 s'opposa à cette interprétation en décidant d'exclure du décompte des effectifs les salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un *contrat de sous-traitance*. Cette disposition fut censurée par le Conseil constitutionnel<sup>21</sup>. Le gouvernement reprit son projet en faisant voter dans la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, une règle tendant à exclure du calcul des effectifs des entreprises les salariés qui y travaillaient en exécution d'un *contrat de sous-traitance* ou de *prestation de services*, et à limiter l'électorat aux seuls salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail pour la mise en place ou le renouvellement des délégués du personnel et du comité d'entreprise. Le Conseil constitutionnel censura à nouveau cette disposition<sup>22</sup> en considérant que « le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont *intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail* qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ».

Un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 énonça alors, dans une formule qui reprit le considérant de la décision du Conseil constitutionnel, que les travailleurs mis à disposition d'une entreprise étaient « ceux intégrés de façon *étroite et permanente à la communauté de travail* qu'elle constitue » et qu'ils étaient donc électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissaient les conditions prévues par les textes<sup>23</sup>.

Autrement dit **ces dispositions reconnaissent l'existence d'une communauté de travail entre les salariés du preneur d'ordres et ceux du donneur d'ordres**, à compter d'un an pour le calcul des effectifs et de deux ans pour l'électorat et l'éligibilité. Les conséquences de cette règle sont nombreuses. Certains seuils d'effectif du donneur d'ordres sont susceptibles d'être franchis en raison du décompte de salariés qu'il n'a pas embauchés lui-même, ce qui peut le rendre débiteur d'obligations nouvelles (celles qui naissent lorsqu'un seuil d'effectif est atteint). Il est également susceptible de voir être élu, au sein de son propre établissement, un salarié titulaire d'un contrat de travail conclu avec le preneur d'ordres. Ces questions représentent des enjeux financiers indéniables pour les entreprises qui recourent beaucoup à l'externalisation.

#### La communauté de travail scindée par les frontières nationales

Des problèmes similaires sont soulevés dans le cadre de pratiques de sous-traitance ou d'externalisation transnationales.

#### Détachement intracommunautaire

Le plus délicat concerne l'application des conventions collectives du donneur d'ordres lorsque celui-ci est situé dans un État membre de l'Union européenne différent du preneur d'ordre. La directive 96/71 du 16 décembre 1996 sur le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services intracommunautaire prévoit que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les travailleurs détachés d'un pays à un autre de l'Union en application d'un contrat de prestation de services restent soumis à la loi du pays où ils ont conclu leur contrat de travail, à l'exception d'un socle de règles du pays d'accueil<sup>24</sup>. Ces règles s'appliquent également lorsque leur source est une convention collective mais à

<sup>19</sup> Cass. soc., 27 nov. 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 364.

<sup>20</sup> Cass. soc., 26 mai 2004 (2 arrêts) : Bull. civ. 2004, V, n° 140 et n° 141 ; RJS 2004, n° 935.

<sup>21</sup> Cons. const., 30 mars 2006, déc. n° 2006-535 DC : JO 2 avr. 2006, p. 4964 ; JCP S 2006, 1275.

<sup>22</sup> Cons. const., 28 déc. 2006, déc. n° 2006-545 DC : JO 31 déc. 2006, p. 20320 ; JCP S 2007, 1001, étude R. Vatinet. - A. Lyon-Caen, Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail : RDT 2007, p. 84.

<sup>23</sup> Cass. soc., 28 févr. 2007 : JurisData n° 2007-037808 ; JCP S 2007, 1272, note P. Morvan ; RJS 2007, n° 636 confirmé dans deux arrêts du 1<sup>er</sup> avril 2008 : Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 07-60.283, FS-P+B, Sté Théâtre des Salins c/ Synd. Synptac-CGT et a. : JurisData n° 2008-043444 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 07-60.287, FS-P+B, Synd. CGT Hispano Suiza c/ SA Hispano Suiza et a. : JurisData n° 2008-043443.

<sup>24</sup> Durée maximale de travail et minimale de repos, durée minimale des congés payés, taux de salaire, santé-hygiène, conditions de travail des femmes enceintes, règles de non-discrimination.

condition que celle-ci ait fait l'objet d'une procédure d'extension qui la rende d'application générale. Le problème vient de ce que tous les pays européens ne disposent pas d'une telle procédure.

La CJCE a jugé récemment que les articles 49 CE du Traité (liberté d'établissement) et 3 de la directive 96/71 (relative au détachement) s'opposent à ce qu'une organisation syndicale puisse contraindre, par une action collective prenant la forme d'un blocus de chantiers, un prestataire de services établi dans un autre État membre à adhérer à une convention collective plus favorable et à entamer avec cette organisation syndicale une négociation sur les taux de salaire à verser aux travailleurs détachés<sup>25</sup>. Cet arrêt a laissé craindre que des entreprises ne contournent en toute légalité l'application des conventions collectives qui offrent, en l'absence de dispositions légales, un socle de protection minimale dans le pays d'accueil. Dans le même ordre d'idées, la CJCE a considéré que le Land de Basse-Saxe en Allemagne ne pouvait faire obligation aux entreprises étrangères, adjudicataires de ses marchés, de rémunérer ses salariés au niveau minimum prévu par la convention collective territoriale de Basse-Saxe, niveau supérieur à celui de la convention collective nationale fédérale<sup>26</sup>. Il faut pourtant rappeler que l'article 136 du Traité prévoit que le grand marché doit conduire à « *la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès* ».

Or ce n'est pas seulement l'**application des conventions collectives** qui est en jeu, mais aussi la collecte des **cotisations sociales** dont dépend le financement des systèmes de sécurité sociale. Il est connu que se sont multipliées les fraudes aux prestations de services transnationales qui consistent à recourir à des travailleurs détachés dont les cotisations sociales échappent aux règles du pays d'accueil. Dans un rapport d'initiative sur « Les défis pour les conventions collectives dans l'UE », les députés de la commission Emploi et Affaires sociales du Parlement européen ont demandé à ce que soient prises des mesures pour lutter contre les sociétés « boîtes aux lettres », c'est-à-dire des entreprises qui n'exercent aucune activité véritable et significative dans le pays d'origine mais sont créées, parfois directement par l'entrepreneur principal dans le pays d'accueil, à seule fin d'offrir des « services » dans ce pays d'accueil, et d'éviter les réglementations qui y sont applicables, notamment en matière de salaires, de cotisations sociales et de conditions de travail<sup>27</sup>.

Lorsque l'on veut reconnaître juridiquement l'existence d'une communauté de travail, c'est-à-dire passer d'une communauté de fait à une société de droit<sup>28</sup>, **les frontières nationales constituent donc de nouveaux obstacles** à franchir, **qui s'ajoutent à ceux des frontières de l'entreprise**. C'est ainsi qu'au nom du principe de la **territorialité des lois**, la Cour de cassation a récemment jugé que seuls les salariés rattachés à l'activité de l'employeur en France bénéficient des lois françaises en droit du travail, en sorte que l'effectif à prendre en compte pour déterminer si un plan de sauvegarde de l'emploi doit être mis en place est constitué par les seuls salariés relevant des établissements de la société situés en France<sup>29</sup>. Autrement dit, une entreprise qui aurait à mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (le seuil fixé par le législateur est de 50 salariés) n'est plus soumise à cette obligation si une partie de l'effectif est employée dans une filiale à l'étranger.

Comment concilier le principe de la territorialité des lois et la lutte contre les pratiques frauduleuses ? En France, la notion d'unité économique et sociale a offert aux entreprises la possibilité d'organiser juridiquement leur activité économique comme elles entendent tout en appliquant le droit collectif du travail. Aujourd'hui, c'est **la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne et la directive sur le détachement qui sont détournées** à des fins de dumping social, voire de fraude aux cotisations sociales dont les montants sont très importants. La réflexion devrait donc se porter sur les moyens d'éviter le nivellement par le bas des systèmes de protection sociale, sous l'effet d'une concurrence exacerbée entre les territoires, à l'intérieur et à l'extérieur de l'Europe<sup>30</sup>. Il faudrait également assurer aux citoyens un accès équitable aux avantages et opportunités que représente la construction européenne, qu'il s'agisse de la mobilité sur le marché unique, de l'adaptation à la mondialisation ou de la promotion du « capital humain ». Ceci pourrait plaider en faveur de nouveaux modèles de gouvernance des relations collectives

<sup>25</sup> CJCE 18 décembre 2007 aff. 341/05, Laval un Partneri Ltd. Dans le même sens la CJCE a considéré comme illégale l'action collective engagée par un syndicat pour amener une entreprise à conclure une convention collective dont le contenu est de nature à la dissuader d'exercer sa liberté d'établissement (CJCE 11 décembre 2007 aff. 438/05, *International Transport Workers Federation c/ Viking Line ABP*).

<sup>26</sup> CJCE 3 avril 2008 aff. 346/06, 2<sup>e</sup> ch., Ruffert c/ Land Niedersachsen.

<sup>27</sup> « Rapport sur les défis pour les conventions collectives dans l'UE », document n° 2008/2085(INI), 30 sept. 2008.

<sup>28</sup> Selon l'analyse sociologique de Ferdinand Tönnies, les liens de nature individuelle fondés sur la communauté traditionnelle (les liens du sang, la famille) laisseraient place progressivement aux liens d'ordre rationnel fondés sur le contrat et l'intérêt de la société moderne (F. Tönnies (1922), *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, Puf, 1977, 286 p. - E. Durkheim, « Communauté et société selon Tönnies », *Revue philosophique*, 27, 1889, pp. 416-422).

<sup>29</sup> Cass. soc., 23 sep. 2008, n° 07-42862.

<sup>30</sup> V. Centre d'analyse stratégique « Quelle dimension sociale pour le projet politique européen ? Contribution et pistes d'actions », *Rapports et Documents*, février 2007.

de travail, et au-delà des entreprises elles-mêmes. Il faut souligner à cet égard que la constitution française reconnaît aux travailleurs non seulement le droit de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, **mais aussi à la gestion des entreprises**<sup>31</sup>. Les pistes de réflexions sont nombreuses pour rendre effectif ce droit à la participation à la gestion. Il peut s'agir de **modèles de gouvernance partenariale**, notamment à travers le concept de « *team production* » proposé par certains auteurs<sup>32</sup>. Dans ce modèle, le Conseil d'administration prend une importance capitale pour défendre l'intérêt de l'ensemble des *stakeholders*, car il doit assurer la coordination de la structure et assumer les choix stratégiques pour encourager chaque partie prenante à spécialiser ses actifs, en augmentant ainsi le profit de tous. On peut en trouver une ébauche dans **la gouvernance des Fonds communs de placement d'entreprise**. Ce type de fonds, cadre le plus répandu pour la gestion de l'épargne salariale, possède un conseil de surveillance, définit la politique d'investissement et exerce les droits de vote attachés aux actions détenues. Il est paritaire et comprend une moitié de représentants des salariés et une moitié de représentants de la direction. Mais en pratique on sait que les salariés exercent une influence très faible sur la gestion, souvent déléguée et difficilement contrôlable<sup>33</sup>. D'autres types d'initiatives, plus facilement réalisables car elles nécessitent moins l'intervention du législateur, peuvent consister à stimuler la négociation transnationale et la conclusion d'accords-cadres internationaux. Il s'agit d'une voie prometteuse car elle repose sur la volonté des parties, syndicale et patronale, de s'imposer des contraintes dans l'intérêt de l'entreprise et de l'ensemble des parties prenantes. Ces mouvements d'idées se rattachent plus ou moins à la théorie institutionnelle de l'entreprise qui voit celle-ci non seulement comme un simple lieu matériel où s'exécutent des contrats (avec les fournisseurs, les clients, le personnel, les actionnaires) mais aussi comme une communauté d'intérêts dont les membres sont solidaires. La crise financière a d'ailleurs conduit à un retour de balancier dans cette direction, qui se manifeste notamment dans les propositions d'adapter les législations en vue de mieux représenter les intérêts des « *stakeholders* »<sup>34</sup>.

\*\*\*

On voit ainsi que la mondialisation des échanges et l'implantation multinationale de certaines entreprises devraient conduire à imaginer de nouvelles formes de représentation des collectivités de travail. Nous sommes aujourd'hui face aux mêmes difficultés que celles qui se posaient voici cinquante ans : la question des frontières de l'entreprise, la mise en place d'institutions représentatives du personnel pertinentes, la représentativité des organisations d'employeurs et de salariés, et l'opposabilité des conventions collectives dans lesquelles les travailleurs puisent des droits essentiels et sur lesquelles le Gouvernement s'appuie pour mettre en place certaines de ses politiques économiques. C'est ainsi que les dispositifs visant à associer les salariés aux fruits de la croissance (intéressement, participation, plan d'épargne d'entreprise...) que l'État entend promouvoir pour dynamiser l'épargne salariale, augmenter la productivité et le pouvoir d'achat, reposent tous sur des conventions ou des accords collectifs. Cette politique risque d'être mise en échec si l'on tolère que l'application des conventions collectives puisse être contournée par des constructions juridiques transnationales artificielles qui n'ont d'autre but que d'échapper à des lois jugées plus contraignantes par ceux à qui elles sont opposables.

Au plan européen, on se rend compte ainsi que le progrès social ne résulte pas automatiquement du fonctionnement du marché intérieur et que celui-ci peut aussi, notamment à court terme, accroître les inégalités. Dans cette perspective, un objectif prioritaire devrait consister à **assurer un fonctionnement harmonieux du marché intérieur sur le plan social**. Il importe notamment de veiller à ce que les mouvements de main-d'œuvre qui accompagnent le développement des échanges de biens et de services s'effectuent dans des conditions équitables et dans le respect des règles définies au plan communautaire. Les travailleurs présents sur un même lieu de travail devraient donc être traités de la même manière, qu'ils soient ressortissants nationaux ou d'un autre État membre de l'Union et quel que soit le lieu où ils ont conclu leur contrat de travail.

> Jean-Yves Kerbourc'h, conseiller scientifique,  
Département Travail, Emploi, Formation

<sup>31</sup> « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » (Const. 4 oct. 1958, Préambule, repris Constit. 27 oct. 1946).

<sup>32</sup> M. Blair et L. Stout, « A team production theory of corporate law », *Virginia Law Review*, vol. 85, 1999, p. 247-328.

<sup>33</sup> A. Autenne, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié. Apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

<sup>34</sup> V. sur cette question, B. Delaveau, M. Ben Jelloul, T. Brand et C. Schaff, « Après la crise, quelles pistes de changement dans la régulation du capitalisme ? », Centre d'analyse stratégique, *La Note de veille* n° 120, janvier 2009.

## BRÈVES

### > PLAN DE RELANCE AMÉRICAIN : QUEL IMPACT ENVIRONNEMENTAL ?

---

Le cabinet ICF International vient de réaliser pour le compte de Greenpeace une évaluation de l'impact des mesures concernant l'environnement dans le plan de relance de l'administration américaine. En partant des propositions figurant au **projet de loi présenté le 20 janvier dernier au Congrès**, l'étude tente de quantifier les **économies d'émissions de dioxyde de carbone** à partir des données disponibles et d'hypothèses qu'elle qualifie de « raisonnables ». **Des dix-huit mesures clés du plan Obama, seules sept ont pu faire l'objet d'un chiffrage** : elles permettraient d'atteindre un total de **61 méga-tonnes de CO<sub>2</sub> d'émissions évitées** sur les 6 000 MtCO<sub>2</sub> que les États-Unis émettent annuellement. Elles concernent **essentiellement des aides à la rénovation et l'isolation thermique de l'immobilier**. Ainsi les montants destinés à améliorer l'efficacité énergétique des logements à loyer modéré et des foyers à bas revenus (8,7 milliards de dollars), des bâtiments de l'administration fédérale (6,7 milliards) et aux écoles (1,5 milliard) permettraient respectivement une économie de 15,3 MtCO<sub>2</sub>/an, de 17,5 MtCO<sub>2</sub>/an et de 4,6 MtCO<sub>2</sub>/an. Il faut y ajouter d'importantes aides aux collectivités locales pour l'investissement dans les programmes d'économie d'énergie (6,9 milliards de dollars pour 20,1 MtCO<sub>2</sub>/an), des subventions pour les programmes de cogénération d'énergie et de chaleur ainsi que des rabais pour les achats d'appareils électriques économes (label Energy Star). En revanche, l'impact des fonds (11 milliards de dollars) dévolus à l'amélioration du réseau électrique (compteurs intelligents, lignes de transmission) et des garanties de prêts (8 milliards de dollars) pour les projets de production d'énergies renouvelables n'a pu être évalué. Il en va de même des effets des mesures ciblées sur les transports (véhicules propres, électriques, investissement dans les batteries innovantes) mais ils pourraient être très largement contrebalancés (par un facteur double !) par d'autres mesures du plan de relance destinées à l'amélioration des infrastructures routières (autoroutes, ponts).

<http://www.greenpeace.org/raw/content/usa/press-center/reports4/ghg-impact-of-the-economic-sti.pdf>

> *M. B. J.*

### > R & D EN EUROPE : PLAIDOYER POUR DES POLITIQUES PUBLIQUES CIBLÉES EN FAVEUR DES HAUTES TECHNOLOGIES

---

Comment expliquer que l'Union européenne n'arrive globalement plus à combler son retard de productivité vis-à-vis des États-Unis, depuis le milieu des années 1990 ? Il est largement admis, dans le cadre de la Stratégie dite de Lisbonne, que ce problème tient en grande partie à l'incapacité d'ensemble de l'UE à renforcer les dépenses intérieures de recherche et développement (R & D) effectuées par les entreprises. Il n'existe cependant guère d'accord sur la façon d'y arriver, notamment sur la question d'un éventuel ciblage sectoriel. Effectué par des économistes de l'**Institut d'études prospectives en matière technologique (IPTS, Séville)** et/ou de l'université de Milan, un document publié en janvier par l'IZA (Bonn), institut allemand de recherche sur l'avenir du travail, apporte des éléments de réponse à ce sujet, sur la base de tests microéconométriques et de données relatives à 532 grandes entreprises, sur la période 2000-2005. Il montre qu'**au vu de leurs effets sur la productivité du travail, les investissements en R & D** sont efficaces dans les secteurs de haute technologie (biotechnologies, aérospatial, etc.) et à un moindre degré, dans les secteurs de moyenne technologie (chimie, ingénierie industrielle, médias, etc.) mais **sont sans résultats significatifs dans les secteurs de basse technologie** (métallurgie, secteur pétrolier, banque, etc.). Dans ces derniers, en revanche, c'est l'investissement en capital physique – vecteur du progrès technique incorporé dans les nouvelles générations de biens capitaux – qui est identifié comme la source majeure des gains de productivité. Les auteurs en concluent que, **pour être efficaces en Europe, les politiques publiques en faveur de la R & D devraient être clairement**

**ciblées en faveur des hautes technologies.** Ce document, dont les conclusions rappellent ainsi celles du fameux rapport Beffa (2005), du côté français, critique ainsi la plupart des dispositifs publics (subventions et aides fiscales) existants en Europe en matière de R & D, qui ne comportent aucun ciblage sectoriel.

<http://ftp.iza.org/dp3945.pdf>

> R. L.

### > L'INITIATIVE « MIEUX LÉGIFÉRER » : LA COMMISSION EUROPÉENNE MAINTIENT LE CAP

Dans le troisième rapport stratégique *Mieux légiférer* publié fin janvier, la Commission européenne se félicite, chiffres à la clé, d'un bilan décliné en trois axes. La simplification réglementaire a permis de retirer de l'agenda communautaire 30 propositions de réglementation jugées inutiles et a réduit de 10 % le volume du *Journal officiel*. La réduction de la charge administrative devrait suivre une trajectoire positive semblable à celle de 2007, 18 milliards d'économies étant attendus du développement d'une facturation totalement électronique de la TVA communautaire. Cent études d'impact en 2009 mobilisent également une Commission européenne qui se dit soucieuse **d'améliorer toujours davantage des critères communautaires de qualité déjà élevés**. Elle déclare attendre beaucoup, sur le plan méthodologique, d'une plus grande implication des unités chargées des études d'impact dans chaque Direction générale, en surcroît des recommandations du « Board » (IAB) indépendant créé fin 2006. Elle souligne par ailleurs les potentialités des nouvelles lignes directrices pour 2009, prévoyant en particulier une analyse plus fine du principe de subsidiarité et une consultation des parties prenantes étendue à 8 semaines (contre 3 à 4 semaines) pour les dossiers les plus complexes. Si elle se réjouit que les gouvernements nationaux se rallient de plus en plus (21 en 2008 contre 7 en 2006) à ses recommandations en matière de transposition, elle est cependant moins diserte sur **les modalités de création d'une « dynamique partenariale vertueuse »**. Le rapprochement final entre les objectifs de *Mieux légiférer* et ceux de la refonte de la régulation amorcée au G20 est un moyen commode pour la Commission de réaffirmer l'importance de cette initiative.

[http://ec.europa.eu/governance/better\\_regulation/documents/com\\_2009\\_0015\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/com_2009_0015_en.pdf)

> M.-C. M.

### > COMMUNICATION EXTRA-FINANCIÈRE : ENCORE DU CHEMIN À PARCOURIR CÔTÉ CAC 40

L'agence de communication financière et extra-financière Capitalcom vient de publier avec RiskMetrics, un spécialiste de l'évaluation des risques, un bilan des pratiques extra-financières des groupes du CAC 40, réalisé à partir de l'information mise à la disposition du public en matière environnementale, sociale et de gouvernance (rapport annuel, codes de conduite, rapport de développement durable, etc.). L'étude révèle de fortes disparités entre les grands groupes français, mais dégage quelques grandes tendances : **en matière de gouvernance, il subsiste « une insuffisance d'informations sur la rémunération variable des dirigeants »** (seulement 56 % des entreprises publient le montant maximum théorique du bonus versé au directeur général, à peine 24 % celui des stocks options et 15 % celui des actions gratuites). S'agissant de l'environnement, il apparaît que **la « croissance verte » s'inscrit désormais clairement dans les stratégies de communication de près des trois quarts des entreprises**. Mais, malgré une prise de conscience de l'impact des risques environnementaux (34 entreprises sur 40 communiquent sur leurs risques environnementaux et 22 les évaluent financièrement), peu en ont une approche holistique et l'intègrent dans leur gouvernance (à peine 20 % publient des objectifs chiffrés en matière de réduction de leur empreinte écologique). **Concernant la diversité sociale**, moins d'un tiers des entreprises la considère comme un véritable levier de performance. Elle est **encore peu prise en compte dans les faits, et souvent limitée aux politiques de recrutement françaises** (65 % des entreprises signent des accords relatifs à la diversité, mais moins de la moitié communiquent sur des objectifs chiffrés). Enfin, en l'absence de standards universels (la loi NRE pour la communication sociale et environnementale est en phase d'extension dans le cadre de la loi du Grenelle II), **on s'aperçoit que l'information disponible sur les pratiques des entreprises en matière de RSE et de gouvernance est prolixe, mais qu'elle manque visiblement de standards**.

[http://www.capitalcom.fr/pdf/PDFPRIXAG\\_0020\\_246.pdf](http://www.capitalcom.fr/pdf/PDFPRIXAG_0020_246.pdf) ;

 Pour accéder à la vidéo de présentation de l'étude: [Version Windows Media](#) ; [Version Flash](#)

> C. L. M.

## > LE SYSTÈME DE SANTÉ ANGLAIS SE MET AU VERT

Avec 18 millions de tonnes de dioxyde de carbone rejetées chaque année, soit **30 % des émissions du secteur public** en Angleterre, le National Health Service (NHS) est un émetteur de première importance. Si de nombreuses mesures pour réduire son empreinte carbone ont été mises en place de 1990 à 2000, notamment pour diminuer la consommation d'énergie de ses bâtiments, elles n'ont pas été suffisantes pour compenser l'augmentation symptomatique d'énergie utilisée. Aussi, dans un rapport soumis à consultation, le NHS s'est-il lancé dans un programme ambitieux : **réduire de 60 % ses émissions de carbone en 2050** par rapport à 1990. Parmi les mesures envisagées figurent un passage « au vert » des nouveaux bâtiments, qui devront tous être « basse consommation » en 2015 et « zéro émission » en 2018. L'intérêt est certes écologique, puisque ce secteur représente 22 % des émissions du NHS en 2004 mais également économique, car **1 % d'énergie consommée en moins pourrait permettre une réduction de 4 millions de livres sterling sur une facture énergétique totale des bâtiments de 430 millions par an**. La problématique est la même dans le secteur de l'approvisionnement de biens et services, gouffre financier – 17 milliards de dépenses par an – et plus grand secteur émetteur de carbone – 60 % des émissions du NHS –, qui cherche alors à optimiser la chaîne logistique dans son ensemble. D'autres mesures, comme des conseils personnalisés par téléphone ou des objectifs contraignants sur le traitement des déchets – augmentation de 40 % en 2010 des produits recyclés et 75 % en 2020 – permettraient de se rapprocher des objectifs fixés. Un projet d'une telle ampleur ne peut qu'interpeller la France sur la rénovation de ses bâtiments tertiaires, lesquels comptent pour 14 % des consommations énergétiques nationales.

[http://www.sdu.nhs.uk/downloads/draft\\_nhs\\_carbon\\_reduction\\_strategy.pdf](http://www.sdu.nhs.uk/downloads/draft_nhs_carbon_reduction_strategy.pdf)

> J. B.

*Rédacteurs des brèves : Mahdi Ben Jelloul (DAEF), Johanne Buba (DRTDD), Rémi Lallement (DAEF), Caroline Le-Moign (DAEF), Marie-Cécile Milliat (DIS)*

*Directeur de la publication :*  
René Sève, directeur général

*Rédactrice en chef de la Note de veille :*  
Nathalie Bassaler, chef du Service Veille,  
Prospective, International

*Animateur de la cellule de veille :*  
Jérôme Tournadre-Plancq, chargé de  
mission au Département Institutions et  
Société

Pour consulter les archives  
de la Note de Veille  
en version électronique :  
[http://www.strategie.gouv.fr/  
rubrique.php3?id\\_rubrique=12](http://www.strategie.gouv.fr/rubrique.php3?id_rubrique=12)

Centre d'analyse stratégique  
18, rue de Martignac  
75700 Paris cedex 07  
Téléphone 01 42 75 61 00  
Site Internet :  
[www.strategie.gouv.fr](http://www.strategie.gouv.fr)

