

Université Paris Est – Créteil Val de Marne

Faculté de droit
Administration et échanges internationaux

Prérogatives et responsabilités des institutions du personnel d'entreprise

Contribution à la théorie des droits-fonctions

THÈSE

Présentée pour l'obtention du grade de Docteur en droit (Nouveau régime)

Soutenue publiquement le 6 juillet 2010 par

Anne-Lise MOUGEL-ZABEL

Directeur de recherche : Pr. François DUQUESNE

Membres du jury :

Monsieur Alain COEURET, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Madame Martine MEUNIER, Maître de conférences à l'Université de Paris Est- Créteil

Madame Corinne SACHS-DURAND, Professeur à l'Université de Strasbourg

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mon fils, Guillaume

À mon époux, Jean-Philippe

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
<i>Bull. Ass. plén.</i>	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière
<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>Bull. Joly</i>	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. prud'h.	Conseil de prud'hommes
<i>Contra.</i>	Solution contraire
C. pén.	Code pénal
C. pr.civ	Code de procédure civile
C. pr.pén.	Code de procédure pénale

C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
Dr. soc.	Droit Social
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. trav.	Droit du travail et de la sécurité sociale
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
<i>Infra</i>	Plus bas dans le texte
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
JCP	Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique)
JCP E	Juris-Classeur Périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP S	Juris-Classeur Périodique, édition sociale
JO	Journal officiel des lois et décrets de la République française
JS Lamy	Jurisprudence sociale Lamy
JS UIMM	Jurisprudence sociale de l'Union des industries métallurgiques et minières
Liaisons soc.	Liaisons sociales
n°	Numéro
Nouv.	Nouveau
p.	Page
préc.	Précité
RDT	Revue de droit du travail
RDSS	Revue de droit sanitaire et social (Dalloz)

RPDS	Revue pratique de droit social
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
SSL	Semaine sociale Lamy
Somm.	Sommaires
suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Plus haut dans le texte
TPS	Travail et protection sociale

SOMMAIRE

Introduction

Première partie

Les fonctions des institutions représentatives du personnel

Titre I : Les fonctions exercées dans un intérêt exclusivement collectif

Chapitre I : Les fonctions du comité d'entreprise

Chapitre II : Les fonctions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

Titre II : Les fonctions exercées dans un intérêt collectif ou individuel

Chapitre I : Les institutions nommées

Chapitre II : Les institutions élues

Seconde partie

La responsabilité des institutions représentatives du personnel

Titre I : Le fondement de la responsabilité

Chapitre I : La responsabilité dans l'exercice des droits-fonctions

Chapitre II : La responsabilité dans l'exercice du pouvoir

Titre II : Le régime de la responsabilité

Chapitre I : L'intérêt à agir

Chapitre II : Les sanctions

INTRODUCTION

« Là où est le pouvoir, là doit être la responsabilité »¹. Cette formule du professeur Roubier trouve un écho en droit du travail. L'exemple le plus évocateur du lien qui unit pouvoir et responsabilité en cette matière est celui de la délégation de pouvoirs que l'employeur peut consentir, notamment dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité. Il est en effet admis depuis longtemps² que le dirigeant d'entreprise est en mesure de transférer sa responsabilité pénale s'il établit qu'il a délégué à l'un de ses subordonnés la charge de veiller, à sa place, au respect de la loi sur quelques questions soigneusement identifiées. Ce dernier devra alors répondre personnellement de tout manquement constaté sur ces questions³.

Dans l'enceinte de l'entreprise, l'employeur dispose donc de pouvoirs et assume la responsabilité attachée à ceux-ci. Mais est-il le seul à disposer de cet ensemble d'attributions et d'obligations ? Certains auteurs évoquent l'idée d'un contre-pouvoir des travailleurs ou de leurs représentants⁴. Les institutions

¹ P. Roubier, « L'arrêt des Chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie de la responsabilité civile », *JCP* 1942, I, n° 257

² Cass. crim 28 juin 1902, *Bull. crim.*, n° 237

³ Sur cette question : A. Coeuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd., 2008 ; D. Mayer, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *D.* 1998, chron., p. 256 ; H. Seillañ « La délégation de pouvoirs en droit du travail », *JCP* 1985, éd. E, II, n° 14428 ; M. Giacomelli-Mori, « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Rev. sc. crim.*, Juillet 2000, p. 542 ; Y. Mayaud, « Responsables et responsabilité », *Dr. soc.* 2000, p. 941

⁴ J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.* 1982, p. 1 : « Il faut prendre son parti de l'existence d'un pouvoir du capital, mais en l'équilibrant par un contre-pouvoir de la collectivité des salariés » ; A. Coeuret, B. Gauriau, M. Miné, *Droit du travail*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010

Certains auteurs évoquent même un « pouvoir professionnel » : P-Y. Verkindt, « Maxime Leroy et la question syndicale », in *Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004

représentatives du personnel seraient, selon eux, dotées de prérogatives qui limiteraient le pouvoir patronal⁵. En regard, elles devraient alors répondre des fautes commises dans l'exercice de ces prérogatives.

Ces affirmations reflètent-elles la réalité de la situation juridique des titulaires de mandat dans l'entreprise ? Derrière cette interrogation générale se profilent celle de la nature des prérogatives attribuées aux représentants du personnel ainsi que celle de la responsabilité attachée à l'exercice de celles-ci⁶ auxquelles la présente étude entend apporter une réponse.

Avant cela, il est cependant nécessaire de préciser ce que l'on entend par institution du personnel.

Section 1 : L'identification des institutions

La notion d'institution représentative du personnel n'est pas aisée à cerner même si la jurisprudence, au fil des années, a apporté quelques précisions et indications sur ses contours.

Le champ que recouvre l'expression d'institution représentative du personnel est lui-même délicat à désigner. À l'origine, cette expression visait principalement les organes élus par les salariés au sein de l'entreprise, ou de l'établissement. La deuxième loi Auroux, du 28 octobre 1982, « relative au développement des institutions représentatives du personnel », en faisait

⁵ J. Savatier, préc. p. 9 ; A. Coeuret, B. Gauriau, M. Miné, préc. : « Les salariés disposent, via leurs représentants, d'une capacité d'influence sur les décisions prises, dans l'ordre économique et financier mais aussi purement social. Cette capacité d'influence [...] peut être qualifiée de contre-pouvoir [...] »

⁶ Cette étude se limitera à l'étude de la responsabilité des représentants dans *l'exercice* de leurs fonctions et pas dans *l'accès* aux fonctions (sera donc notamment exclu le contentieux relatif à la désignation frauduleuse des IRP)

d'ailleurs usage. Mais il ne pouvait en être aucunement tiré quelque conséquence que ce soit car ce texte traitait également du droit syndical dans l'entreprise.

Les problèmes de qualification sont réapparus ultérieurement, avec plus d'acuité encore, lorsque l'article L. 1232-4 [nouveau] du Code du travail a permis au salarié convoqué à un entretien préalable au licenciement de se faire assister par un conseiller extérieur « lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise ». L'expression est alors devenue une catégorie juridique qu'il était nécessaire de définir. La Cour de cassation, saisie de cette question, a inclus dans ce groupe le délégué syndical⁷, mais en a exclu le représentant des salariés désigné lors de l'ouverture d'une procédure collective⁸.

Au sein du Code du travail sont pourtant toujours présentés, sous l'intitulé « institutions représentatives du personnel »⁹, les seuls délégués du personnel¹⁰, comité d'entreprise¹¹ et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹². Le délégué syndical, et aujourd'hui le nouveau représentant de la section syndicale, quant à eux, font généralement l'objet de développements séparés¹³. Dans les ouvrages de droit du travail, la même approche est fréquemment observée¹⁴. Le délégué syndical est parfois étudié à la

⁷ Cass. soc. 19 février 2002, n° 00-40657, *Bull. V*, n° 68 ; *D.* 2002, somm., p. 2093, obs. S. Frossard ; *Dr. soc.* 2002, p. 1073, obs. F. Petit

⁸ Cass. soc. 27 juin 2002, n° 00-41893, *Bull. V*, n° 223 ; *Dr. soc.* 2002, p. 1029, obs. B. Bossu

⁹ Deuxième partie Livre troisième

¹⁰ Titre I

¹¹ Titre II. Avec le comité de groupe et le comité d'entreprise européen, ainsi que les instances dérivées de ces institutions telles que les commissions (commission économique, commission de la formation, commission d'information et d'aide au logement, commission de l'égalité professionnelle)

¹² Titre VIII

¹³ Deuxième partie Livre premier

¹⁴ Voir par exemple G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001

suite du syndicat, par exemple, sous le titre « droit syndical dans l'entreprise »¹⁵, ou présenté comme une représentation interne, mais indirecte¹⁶. Certains auteurs le considèrent néanmoins comme une authentique institution représentative du personnel¹⁷. La solution adoptée par la Cour de cassation au sujet du représentant des salariés, au sein de l'entreprise qui fait l'objet d'une procédure collective, ne fait d'ailleurs pas l'unanimité parmi les auteurs¹⁸.

Les cas des syndicalistes d'entreprise ainsi que du représentant des salariés méritent donc d'être examinés en profondeur quoique la jurisprudence ait fixé leur statut. Cela permettrait, en outre, d'éclairer la situation des autres institutions.

§1. Le délégué syndical et le représentant de la section syndicale

La Cour de cassation a clairement affirmé, dans son arrêt du 19 février 2002¹⁹, que le délégué syndical est une institution représentative du personnel : « la présence d'un délégué syndical dans l'entreprise suffit à écarter le recours à un conseiller extérieur à celle-ci ». Il s'en déduit, en l'occurrence, qu'il a vocation à assister le salarié lors de l'entretien préalable au licenciement et que l'employeur n'a pas, par conséquent, à rappeler, dans la lettre de convocation à

¹⁵ En ce sens G. Couturier, préc

¹⁶ B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 5^{ème} édition, 2009

¹⁷ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Domat, 6^{ème} éd., 2008 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008

¹⁸ F. Petit, « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », *Dr. soc.* 2002, p. 1073 ; M. Cohen, « Le rôle des représentants du personnel dans les procédures relatives aux difficultés des entreprises », *Dr. ouvr.* 1985, p. ; B. Teyssié, « Les représentants des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *JCP* 1986, éd G, I, p. 3239 ; L. Serfati-Apter et P. Lafarge, « Le représentant des salariés de la loi du 25 janvier 1985 », *Gaz. Pal.* 4 novembre 1986, doct., p. 657

¹⁹ Préc.

cette formalité que le salarié a la possibilité de se faire assister par un conseiller extérieur²⁰. La Cour s'est cependant contentée ici d'affirmer puis de tirer conséquence sans s'expliquer davantage : rien n'est dit sur les critères l'ayant conduit à sa solution. Or l'affirmation n'allait pas de soi. Le délégué syndical est, à proprement parler, un représentant du syndicat qui l'a désigné²¹ plus que des salariés eux-mêmes. Et pourtant, sous certains aspects, sa mission comporte une représentation des intérêts du personnel²². C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a pu décider que « la mission des délégués syndicaux, qui consiste à représenter leur syndicat dans l'entreprise, peut être exercée en tout lieu *dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils ont été élus*, dès lors qu'elle entre dans le cadre de l'objet défini par l'article L. 2131-1 [nouveau] »²³. Or, l'objet du syndicat est d'étudier et de défendre les « droits ainsi que les intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels » des salariés d'une profession déterminée. Le délégué syndical, chargé de réaliser cet objet au profit des travailleurs de son établissement, constitue, de ce point de vue, une institution du personnel. Mais il s'agit aussi d'une institution représentative de ce personnel.

Dans la mesure où seul un syndicat représentatif peut procéder à la désignation d'un délégué syndical, sa fonction acquiert elle-même une dimension représentative. Cette dernière est encore renforcée depuis la loi du 20

²⁰ C. trav. art. L. 1232-4

²¹ C. trav. art. L. 2143-3 ; J. Péliissier obs. sous. Cass. soc. 14 février 1980, *D.* 1980, IR, p. 554 « Le délégué syndical, à la différence du représentant du personnel, ne représente pas l'ensemble du personnel (...), il ne représente pas la section syndicale ; il représente le syndicat qui le désigne »

²² J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc. ; G. Lyon-Caen, « À la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001

²³ Cass. soc. 23 janvier 1990, n° 86-43817, *Bull. V*, n° 21 ; Cass. soc. 10 juillet 1990, n° 86-42819, *Bull. V*, n° 361 ; Cass. soc. 1^{er} avril 1992, n° 88-45752, *Bull. V*, n° 233

août 2008²⁴ qui impose que le délégué syndical soit choisi parmi les candidats aux élections professionnelles ayant recueilli au moins dix pour cent des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou encore des délégués du personnel²⁵. L'introduction du critère de l'audience va indiscutablement dans le sens d'un renforcement des liens entre les salariés de l'entreprise et les délégués syndicaux et conduit également à un rapprochement de la représentation élue et désignée. En 1970, la chambre sociale avait déjà d'ailleurs considéré que la mission du délégué syndical s'apparente, dans ses effets, à celle du délégué du personnel, pour la partie de sa mission relative à ses rapports avec les membres de la collectivité du travail²⁶.

Le délégué syndical est donc une institution représentative du personnel.

Une nouvelle présence syndicale dans l'entreprise a, en outre, été créée par la loi du 20 août 2008 prenant la forme d'un représentant de la section syndicale²⁷. Cette création s'inscrit dans l'important mouvement de rénovation opérée par ce texte et visant à modifier le régime de la représentativité des organisations syndicales de salariés au moyen de la suppression progressive de la présomption, qui préexistait en cette matière, et de l'édiction de nouveaux critères dont celui de l'audience électorale²⁸. Ainsi, ce critère fonde la représentativité du syndicat et se présente comme une condition à laquelle le candidat aux fonctions de syndicaliste d'entreprise est appelé à satisfaire

²⁴ Loi n° 2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale

²⁵ C. trav. art. L. 2143-3

²⁶ Cass. soc. 15 janvier 1970, n° 69-60033, *Bull. V*, n° 30

²⁷ Préc.

²⁸ C. trav ar. L. 2121-1

personnellement²⁹. Mais le fait qu'il ne soit pas satisfait à cette double exigence d'audience au seuil de la constitution de la délégation syndicale, ne prive pas le syndicat de toute présence dans l'entreprise. Lorsque celui-ci n'est pas représentatif, ou lorsqu'aucun de ses candidats aux élections n'a recueilli seul dix pour cent des suffrages, il lui est offert la possibilité de constituer une section syndicale et de procéder à la mise en place d'une délégation spécifique aux prérogatives limitées à une simple représentation auprès de l'employeur³⁰. Or, ce représentant de la section syndicale, qualifié par certains auteurs de « délégué syndical en devenir »³¹, peut-il être réellement identifié à une institution du personnel ? L'analyse du contenu de sa mission ne peut que conduire à une réponse affirmative à cette interrogation.

En instituant une nouvelle présence syndicale dans l'entreprise, la loi a mis au jour les deux volets fondamentaux de la mission du syndicaliste d'entreprise, le premier consistant en une démarche purement syndicale de défense des intérêts des salariés, le second portant plus directement sur la négociation de leurs conditions d'emploi³². La section syndicale et son représentant assurent donc la représentation des intérêts des personnes qu'elle regroupe en son sein³³. Les tâches du salarié désigné se résument alors, pour l'essentiel, à la promotion du groupement professionnel auprès des salariés. Or, ainsi que nous avons déjà pu le noter, la Cour de cassation a considéré que cette mission s'apparente à celle du délégué du personnel³⁴. En outre, lorsque ces attributions sont exercées par le délégué syndical, elles conduisent à accorder à

²⁹ Cf *supra*

³⁰ C. trav. art. L. 2142-1-1 : « Le représentant de la section syndicale exerce ses fonctions dans le cadre des dispositions du présent chapitre. Il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs ».

³¹ F. Duquesne, « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr. soc.* 2008, p. 1084

³² F. Duquesne, préc.

³³ C. trav. art. L. 2142-1

³⁴ Préc.

ce dernier la qualité d'institution du personnel. Il n'existe donc aucune raison qui justifierait que le représentant de la section syndicale soit traité différemment du délégué syndical à cet égard. Et le caractère transitoire de sa mission n'est pas de nature à remettre en cause cette solution³⁵. Aucun mandat de représentation des salariés n'est permanent tandis que la qualification d'institution du personnel repose sur le seul contenu des prérogatives dédiées à la satisfaction des intérêts des salariés. Le représentant de la section syndicale paraît donc bien être une institution du personnel³⁶. Mais cette qualification est plus discutable au sujet du représentant des salariés.

§2. Le représentant des salariés

La loi du 25 janvier 1985 relative aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire s'est efforcée de sauvegarder les intérêts financiers des travailleurs en chargeant une personne, le représentant des salariés, de vérifier le relevé des créances salariales³⁷. La Cour de cassation, s'appuyant sur le fait que ce dernier dispose « d'attributions limitées aux seuls actes relatifs à la procédure ouverte à l'égard de l'entreprise qui l'emploie », a estimé, sans ambiguïté, qu'il ne pouvait être considéré comme une institution représentative du personnel³⁸. Cette solution, cependant, a été contestée par de nombreux auteurs³⁹.

³⁵ C. trav. art. L. 2142-1-1 : « Le mandat du représentant de la section syndicale prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise »

³⁶ *Contra* : M-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles*, Dalloz, 2009.

Pour les auteurs, ce salarié « représente, comme son nom l'indique, la section syndicale, ce dont il résulte qu'il n'est pas un représentant des salariés, à la différence du délégué syndical qui a désormais une légitimité électorale »

³⁷ C. com art. L. 621-4 et L. 641-1

³⁸ Cass. soc. 27 juin 2002, préc.

³⁹ F. Petit, M. Cohen, L. Serfati-Apter, P. Lafarge, préc.

Il a été remarqué que les conditions de mise en place⁴⁰, les moyens offerts à ce représentant⁴¹, ainsi que les attributions qui sont dévolues au représentant des salariés, sont ceux d'un nouveau représentant du personnel. Mais ces arguments ne suffisent pas à emporter l'adhésion. La justification tirée de l'élection ne peut tout d'abord être retenue. Ainsi que nous venons de le voir, le délégué syndical est une institution représentative du personnel alors même qu'il est désigné et non élu⁴². S'agissant du statut dont dispose le représentant des salariés, l'on ne saurait déduire de l'obligation de discrétion qui pèse sur lui, ou du régime de protection contre le licenciement dont il bénéficie, sa qualité d'institution représentative du personnel. La discrétion, à l'instar du statut protecteur, concernent d'autres salariés qui ne sont manifestement pas des représentants du personnel. Les experts qui peuvent assister le comité d'entreprise dans son activité sont ainsi tenus aux obligations de secret et discrétion⁴³ tandis que le médecin du travail bénéficie également d'une protection contre le licenciement⁴⁴.

Les seuls arguments qui méritent alors d'être discutés sont ceux tirés des attributions du représentant des salariés. Le professeur Petit insiste particulièrement sur le fait que ce dernier peut être amené à exercer les fonctions dévolues au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel⁴⁵ : « Comment peut-on imaginer qu'une personne puisse se substituer à une institution représentative du personnel sans qu'elle soit elle-même considérée, au moins dans l'exercice de cette mission de substitution, comme une institution

⁴⁰ Le représentant des salariés est élu

⁴¹ Heures de délégation, protection contre le licenciement

⁴² Cass. soc. 19 février 2002, préc.

⁴³ C. trav. art. L. 2325-42

⁴⁴ C. trav. art. L. 4623-5

⁴⁵ C. com. art. L. 621-4

représentative du personnel ? »⁴⁶. Ce raisonnement n'échappe pourtant pas à toute critique. Tout d'abord, l'exercice partiel des attributions d'une autre personne, ou instance, ne suffit évidemment pas à l'acquisition des caractéristiques et des qualités propres à celle-ci. Les délégués du personnel, qui peuvent être amenés à exercer les prérogatives du comité d'entreprise⁴⁷, ne deviennent pas, de ce fait, une institution collégiale dotée de la personnalité morale. En outre, le représentant des salariés n'hérite que des fonctions dévolues au comité d'entreprise, ou aux délégués du personnel, par la loi du 25 janvier 1985⁴⁸ et non de la totalité de leurs prérogatives. Il ne détient donc aucune compétence générale à ce titre. C'est ainsi, par exemple, qu'il n'a pas vocation à assister un salarié lors d'un entretien préalable au licenciement. Le caractère limité de ces prérogatives avait permis à une partie de la doctrine d'affirmer, dès la mise en application de la loi de 1985, que le représentant des salariés, qui n'est institué que pour le temps de la procédure collective, « n'a aucun pouvoir en matière de représentation de la collectivité de travail », la loi ayant pris soin « d'éviter toute interférence avec la représentation collective du personnel, au risque, il est vrai, de faire apparaître le représentant des salariés comme un parent pauvre de la nouvelle procédure »⁴⁹. C'est donc le caractère *limité* ou, plus précisément, *spécial*, des attributions du représentant des salariés qui doit conduire à l'exclure de la qualification d'institution représentative du personnel. Celui-ci n'est, en définitive, qu'un organe de la procédure de redressement et de

⁴⁶ F. Petit, préc.

⁴⁷ C. trav. art. L. 2313-13

⁴⁸ Sa mission consiste à vérifier le relevé des créances qui lui est transmis par le représentant des créanciers avec toutes les informations et documents utiles (C. com. art. L. 625-2). Il peut aussi, en cas de contestation de ces relevés par les salariés, les assister ou les représenter devant la juridiction prud'homale (C. com. art. L. 625-4)

⁴⁹ M. Jeantin, « Le représentant des salariés », *Dr. soc.* 1986, p. 664

liquidation judiciaire. Son action ne s'inscrit pas dans la durée⁵⁰ et se trouve liée à la survenance d'un évènement particulier.

§3. Le salarié mandaté, le conseiller du salarié et le conseiller prud'homme

Les analyses qui précèdent ont permis d'affiner la notion d'institution représentative du personnel. Les éléments qu'elles ont permis de mettre en lumière sont susceptibles d'être appliquées au salarié mandaté, au conseiller du salarié ainsi qu'au conseiller prud'homme.

La situation de ce dernier ne nécessite guère de longs développements. L'on ne saurait, en effet, soutenir qu'il appartient à la catégorie des institutions représentatives du personnel. Sa mission, qui est celle d'un juge, ne le conduit pas à représenter des salariés en général, et encore moins ceux d'une entreprise ou d'un établissement, en particulier. Sa qualité de magistrat, et l'exigence d'impartialité qui en découle⁵¹, le prive de celle de représentant d'une organisation, de mandataire de son corps électoral⁵², ou de porte-parole d'intérêts quelconques. La conclusion paraît moins évidente au sujet du conseiller du salarié chargé d'assister un travailleur lors de l'entretien préalable au licenciement dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel⁵³.

⁵⁰ M. Jeantin, préc.

⁵¹ N. Fricero, « Regards sur l'impartialité du juge prud'homal », *SSL* 2008, suppl au n° 1352, p. 35 ; T. Grumbach, « La prud'homie face aux enjeux du procès équitable », *Dr. ouvr.* 2004, p. 114 ; G. Poissonnier et J-Ph. Ricoit, « Garanties de l'impartialité de la juridiction prud'homale », *TPS* 2004, chron., p. 9 ; M. Keller et T. Grumbach, « Sur l'impartialité de la juridiction prud'homale ...encore ? », *Dr. soc.* 2006, p. 52

⁵² Prohibition d'ordre public de tout mandat impératif

⁵³ C. trav. art. L. 1232-7

C'est que ce conseiller se substitue, dans sa mission, à ces institutions. Mais l'argument, ainsi que nous avons déjà pu l'exposer, ne suffit pas à lui conférer cette qualification. C'est plutôt le caractère limité ou non, spécial ou général, de ses attributions qui est le critère de reconnaissance de celle-ci. Or, le conseiller du salarié n'intervient exclusivement au sein de la collectivité de travail qu'en vue de porter assistance à un salarié menacé de licenciement. Il n'a aucun autre rôle à jouer, ni aucune autre prérogative à exercer en dehors de ce contexte particulier. C'est à l'occasion de cette unique circonstance qu'il peut exercer ses attributions. Par conséquent, il ne peut être qualifié d'institution représentative du personnel à l'instar du salarié mandaté au seuil de la négociation collective.

Une convention de branche, ou un accord professionnel étendu, peut prévoir que, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel, des accords d'entreprise, ou d'établissement, sont conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national⁵⁴. Or la loi ne confère au salarié choisi que des pouvoirs limités. Si l'on applique en l'occurrence le critère retenu dans l'arrêt du 27 juin 2002, et que nous avons reconnu comme exclusif aux fins de caractériser une authentique institution représentative du personnel, il ne fait nul doute que ce mandataire, titulaire de prérogatives spéciales, échappe à cette qualification. C'est à cette conclusion qu'était déjà parvenu Serge Frossard en annotant l'arrêt du 19 février 2002⁵⁵ :

⁵⁴ C. trav. art. L. 2232-25

⁵⁵ D. 2002, somm., p. 2093

« Le contexte particulier de la désignation du salarié mandaté et la mission spécifique et limitée qui lui est reconnue » sont de nature à faire obstacle à la reconnaissance à son profit de la qualité d'institution représentative du personnel. Nous ne pouvons qu'approuver son point de vue, en écartant cependant le premier argument tiré du mode de désignation du salarié. L'on sait en effet désormais qu'il importe peu que le représentant soit élu ou désigné. C'est donc sur le seul caractère spécial des attributions du salarié mandaté que la solution doit être fondée. Nul besoin, en outre, de rajouter que « ce salarié apparaît d'autant moins comme une institution représentative du personnel que sa signature de l'accord ne dispense pas de soumettre celui-ci au vote des salariés »⁵⁶. Si l'article L. 2232-27 du Code du travail, en effet, prévoit que l'accord signé par un salarié mandaté doit avoir été approuvé par les travailleurs à la majorité des suffrages exprimés, pareille consultation du personnel est prévue dans l'hypothèse d'une négociation avec les délégués du personnel, ou les représentants élus au comité d'entreprise⁵⁷. Cet argument n'est donc pas probant. Constaté le caractère exceptionnel de la mission du travailleur mandaté suffit afin de refuser à celui-ci la qualité d'institution représentative du personnel⁵⁸.

§4. Les représentants conventionnels

Des institutions de représentation du personnel peuvent également être mises en place par des dispositions conventionnelles. Il peut s'agir d'institutions existantes, mais dont le nombre est augmenté, ou le seuil d'assujettissement abaissé. À ce titre, l'article L. 2411-2 envisage le délégué syndical

⁵⁶ S. Frossard, préc.

⁵⁷ C. trav. art. L. 2232-23

⁵⁸ Contra : F. Petit, préc.

conventionnel, le délégué du personnel conventionnel, le membre conventionnel du comité d'entreprise et le représentant du personnel conventionnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ces représentants bénéficient du même statut protecteur que les représentants élus ou désignés en vertu de la loi.

Pour les autres institutions qui pourraient, cette fois, être créées, la Cour de cassation considère qu'elles ouvrent à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice lorsqu'elles sont « de même nature que celles prévues par le Code du travail ». Sur ce fondement, le bénéfice des mesures de protection a été refusé à un représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁵⁹, à un administrateur de fonds d'assurance formation⁶⁰, ainsi qu'au membre d'un comité inter-établissement chargé de la gestion des réalisations et des œuvres sociales⁶¹. Un arrêt plus récent semble marquer, en la matière, un infléchissement de la jurisprudence de la chambre sociale dans la mesure où cette protection est accessible aux délégués syndicaux de groupe créés par voie conventionnelle⁶².

Toutefois, le fait que le Code du travail, ou la jurisprudence, fasse bénéficier certaines institutions conventionnelles du statut protecteur ne permet pas d'attribuer à celles-ci la qualité d'institutions représentatives du personnel, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment. Seul, le critère utilisé par la Cour de cassation paraît intéressant sur le terrain qui est le nôtre. Dans son arrêt du 23 octobre 2007⁶³, la chambre sociale a admis que les délégués syndicaux de

⁵⁹ Cass. soc. 29 janvier 2003, n° 00-45961, *Bull. V*, n° 34 et *Dr. soc.* 2003, obs. J. Savatier

⁶⁰ Cass. soc. 1^{er} décembre 1993, n° 92-40072, *Bull. V*, n° 298, et *Dr. soc.* 1994, p. 280

⁶¹ Cass. soc. 12 juillet 2006, n° 04-45893, *Bull. V*, n° 258

⁶² Cass. soc. 23 octobre 2007, n° 06-44438, *Bull. V*, n° 174

⁶³ Préc.

groupe sont une institution "de même nature" que celles prévues par le Code du travail car « ils étaient chargés, au niveau du groupe, de fonctions similaires à celles des délégués syndicaux d'entreprise »⁶⁴. L'on retrouve ici l'analyse fonctionnelle retenue pour les autres institutions⁶⁵. Ainsi, les solutions désormais adoptées par la Cour de cassation sur le contour des régimes de protection contre le licenciement, permettent aussi de qualifier l'institution en cause. Si les juges concluent à l'application du statut protecteur, c'est que l'institution en cause a la qualité d'institution représentative du personnel au sens où nous l'entendons. Les représentants du personnel « de même nature » sont donc d'authentiques institutions représentatives du personnel.

Les contours de la notion d'institution représentative du personnel étant fixés, il nous faut désormais nous pencher sur la nature juridique de leurs prérogatives.

Section 2 : La nature juridique des prérogatives reconnues

« Les dispositions législatives soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont

⁶⁴ Rejet en revanche pour le comité inter-établissements chargé de la gestion des réalisations et œuvres sociales décidées par les comités d'établissements, « dont les *attributions*, ne sont pas de même nature que celle d'un comité central d'entreprise » : Cass. soc. 12 juillet 2006, préc

⁶⁵ Auparavant le critère retenu par la Cour de cassation pour vérifier que l'institution conventionnelle était « de même nature » que les institutions légales était celui de l'existence ou non de cette institution dans le Code du travail : « Attendu que les institutions représentatives créées par voie conventionnelle doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le Code du travail ; que tel n'est pas le cas des représentants syndicaux au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dont l'existence n'est pas prévue par le Code du travail » (Cass. soc. 29 janvier 2003, préc.). L'approche n'était donc pas fonctionnelle.

institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail »⁶⁶.

Dans cet attendu célèbre, la Cour de cassation, statuant sur le recours à la procédure de résolution judiciaire du contrat de travail à l'égard des représentants du personnel, reconnaissait l'existence d'une protection supérieure et de droits essentiels au profit de ces travailleurs. Mais elle ne se prononçait nullement sur la nature exacte des prérogatives reconnues aux institutions représentatives du personnel.

La qualification de celles-ci demeure, aujourd'hui encore, incertaine et fluctuante. Le Code du travail évoque les attributions⁶⁷, les fonctions⁶⁸ et les pouvoirs⁶⁹ tandis que les textes font allusion aussi droits⁷⁰, compétences, prérogatives, ou missions. Un affinement de la définition se révèle, par conséquent, indispensable.

⁶⁶ Cass. ch. mixte 21 juin 1974, n° 71-91225, *Bull. Ch. mixte* n° 3, *Dr. soc.* 1974, p. 454 avec les conclusions du Procureur général Touffait.

⁶⁷ C. trav. Deuxième partie, Livre premier, Titre IV, Chapitre III, section IV, concernant le délégué syndical ; Deuxième partie, Livre III, Titre I, Chapitre III concernant les délégués du personnel

Deuxième partie, Livre III, Titre II, Chapitre III concernant le comité d'entreprise

Deuxième partie, Livre III, Titre III, Chapitre II concernant le comité de groupe

Deuxième partie, Livre II, Titre IV, Chapitre III, Section II concernant le comité d'entreprise européen

⁶⁸ C. trav. Deuxième partie, Livre premier, Titre IV, chapitre III, section III concernant le délégué syndical

⁶⁹ C. trav. Art L 2325-4 et L 2323-83 relatifs au comité d'entreprise

⁷⁰ A. Jeammaud les nomme « droits adverses » : « le pouvoir patronal visé par le droit du travail » ; *SSL* 11 février 2008, suppl. n° 1340, p. 15

Le Code du travail évoque également le « droit d'alerte économique » : art. R. 2313-1

§1. Des libertés ?

Les prérogatives des institutions représentatives du personnel sont-elles des libertés ?

Les libertés, appelées aujourd'hui libertés fondamentales, ou droits fondamentaux, se distinguent par le caractère essentiel des valeurs qu'elles énoncent et font généralement l'objet d'une affirmation solennelle par le Conseil constitutionnel, ou le Conseil d'État⁷¹.

S'agissant des représentants du personnel, leur rôle a été érigé à un rang suprême puisqu'il figure dans le préambule de la constitution de 1946 en ces termes : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »⁷². En outre, les prérogatives qui sont accordées sur ces bases sont le siège de nombreux grands principes, tel celui de l'interdiction des discriminations, ou de la liberté syndicale.

Le caractère supérieur, presque sacré, de ces principes pourrait ainsi conduire à leur conférer la qualification de liberté⁷³.

Et pourtant, cette appellation ne saurait se déduire du seul rang auquel se hisse leur proclamation. Différents critères ont alors été proposés par la doctrine. Pour Josserand⁷⁴, c'est le caractère générique, ample et flou qui est déterminant

⁷¹ Ils sont donc garantis en vertu non seulement de la loi mais surtout de la Constitution ou des textes internationaux ou supranationaux. En outre, leur protection nécessite qu'en soient chargés, non plus seulement les juges ordinaires, mais aussi les juges constitutionnels et même les juges internationaux.

⁷² Préambule de la constitution du 27 octobre 1946, alinéa 8

⁷³ Certains auteurs l'ont d'ailleurs fait. Cf par exemple J-M. Verdier, « Les représentants des salariés : "protégés" ou exposés ? Liberté fondamentale et logique du statut », in *Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004

⁷⁴ *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1939

dans la notion de liberté. Le doyen Roubier⁷⁵ présente celle-ci comme une prérogative inconditionnée, non définie et non causée⁷⁶. Pour le professeur Terré⁷⁷, enfin, la liberté aspire à un exercice aussi étendu qu'il est possible et se montre rebelle à un cadre précis ordonnant son existence et sa destinée.

Aussi diverses soient-elles, ces formules et ces positions se rejoignent toutes sur un point : ce qui caractérise véritablement la liberté, c'est qu'elle est générale⁷⁸.

En ce sens, les institutions représentatives disposent d'authentiques libertés à caractère fondamental et, notamment, jouissent de la liberté syndicale, qui est celle de choisir d'appartenir ou non à un syndicat et d'exercer ou non une mission syndicale⁷⁹. Ce choix effectué et la décision de s'affilier à un syndicat en vue d'exercer des responsabilités syndicales prise, son titulaire se trouve protégé par le code du travail qui organise son activité. Les règles que l'on vise ici ne sont alors plus des libertés. Elles désignent des prérogatives précises et exclusives, au contenu nettement caractérisé. Surtout, elles organisent l'opposabilité à l'employeur de ces prérogatives, à l'égard duquel elles sont généralement exercées. Ces règles disposent donc d'une réelle efficacité qui dépasse l'affirmation théorique d'une liberté.

⁷⁵ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, réédition Dalloz 2005

⁷⁶ « L'analyse de la liberté nous place dans la période de la formation des situations juridiques alors que le droit nous place dans la période des effets ». Les libertés sont donc moins réglementées.

⁷⁷ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009

⁷⁸ Cette généralité est interprétée autrement par les professeurs Ghestin et Goubeaux (*Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983) : ce qui caractérise la liberté selon eux est qu'elle est accordée à tous, de façon égalitaire, ou à tout le moins dans un esprit égalitaire.

⁷⁹ Vocabulaire juridique Cornu : La liberté syndicale est la liberté fondamentale reconnue par la constitution à tout individu de défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de son choix

Les prérogatives des institutions représentatives du personnel décrites par le Code du travail ne sont donc pas des libertés fondamentales. S'agit-il alors de droits subjectifs ou de pouvoirs ?

§2. Des Droits subjectifs ou des pouvoirs ?

Les prérogatives des représentants du personnel sont-elles des droits subjectifs ou des pouvoirs ? La réalité, est qu'elles peuvent être l'un et l'autre. Certaines constituent de véritables pouvoirs alors que d'autres sont d'authentiques droits subjectifs. Il importe ici de mettre au jour un critère permettant de distinguer ces deux notions.

À l'instar du droit subjectif, le pouvoir confère à son titulaire une prédominance ou un avantage sur autrui⁸⁰. Droit et pouvoir partagent ainsi plusieurs caractéristiques communes, qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement celles évoquées généralement par les auteurs. De même, leur différence ne se situe pas forcément là où la doctrine la place traditionnellement.

A. Caractéristiques communes

1. L'exercice d'une prérogative

Le droit subjectif, tout comme le pouvoir, confère à son titulaire une prérogative. Sur ce point, les auteurs s'accordent sans grande difficulté⁸¹. Les opinions divergent, en revanche, sur le contenu de cette prérogative. Pour

⁸⁰ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985

⁸¹ E. Gaillard (préc.) a défini le pouvoir comme « une prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien » (définition reprise dans le dictionnaire juridique Cornu). Le droit subjectif est, de son côté, défini comme « la prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger, ou d'interdire quelque chose » (Vocabulaire juridique Cornu).

Emmanuel Gaillard⁸², il y a là matière à distinguer pouvoir et droit subjectif. La prérogative que constitue le pouvoir s'exprimerait nécessairement par la conclusion d'actes juridiques alors que celle qui résulte d'un droit subjectif permettrait à son titulaire de passer des actes juridiques aussi bien que d'accomplir des actes matériels. Son analyse, qui réduit le pouvoir à l'accomplissement d'actes juridiques, ne fait pas l'unanimité⁸³. Elle n'est, en effet, pas totalement satisfaisante puisqu'elle conduit à admettre, ainsi que le souligne P. Lokiec, « qu'il n'existe de pouvoir en droit privé que là où l'ordre juridique confère à l'une des parties une telle faculté »⁸⁴. Le rapport de travail n'abriterait de pouvoirs que lorsqu'une personne se serait vu conférer un pouvoir normateur. Or, on pressent bien que les rapports de pouvoir, dans la relation de travail, dépassent ce simple cadre. Imposer une volonté n'exige absolument pas que le sujet accomplisse un acte juridique unilatéral. Bien entendu, l'accomplissement d'un tel acte est « la manifestation la plus aboutie du pouvoir, du fait que celui-ci permet à son auteur d'imposer sa volonté à autrui sans avoir besoin de requérir son consentement »⁸⁵. Néanmoins, d'autres expressions du pouvoir doivent être recherchées⁸⁶. Ainsi, il est communément admis que le changement des conditions de travail est la manifestation du pouvoir de direction de l'employeur alors même qu'il ne s'agit pas d'un acte normatif.

⁸² Préc.

⁸³ Elle est effectivement contestée par d'autres auteurs. Voir notamment F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000 ; également J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd, 2008 : le pouvoir est « une habilitation à accomplir, au service d'un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire, **des actes matériels ou juridiques** qui s'imposent à d'autres personnes dont elles affectent les droits et les intérêts »

⁸⁴ *Contrat et pouvoir – essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004

⁸⁵ P. Lokiec, préc. n° 16

⁸⁶ A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail » ; *SSL* 11 février 2008, suppl. n° 1340) définit d'ailleurs le pouvoir comme « une habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux (créateurs de normes), prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels qui, en droit s'imposent à d'autres personnes dont ils peuvent affecter, réduire, compromettre les droits et les intérêts »

Le pouvoir, comme le droit subjectif, confère à son titulaire une prérogative lui permettant de faire ou d'exiger quelque chose. L'une ou l'autre qualification est donc envisageable afin de caractériser les attributions des représentants du personnel⁸⁷.

2. L'opposabilité aux tiers

Les prérogatives des institutions représentatives sont opposables aux tiers et principalement à l'employeur. Ceci tient au fait qu'elles ont été conçues principalement comme un moyen de compenser le pouvoir patronal. Cette opposabilité s'exerce plus rarement à l'égard d'autres personnes bien que le délit d'entrave, qui est la principale mesure visant à protéger l'exercice des attributions des représentants du personnel, ne restreigne pas son champ d'application à l'employeur et permette de poursuivre quiconque y porterait atteinte.

Cette caractéristique est commune au droit subjectif et au pouvoir. Ces deux notions ne se conçoivent que sur le terrain des relations sociales et n'ont de signification que par rapport à autrui⁸⁸.

S'agissant tout d'abord du droit subjectif, cette relation à autrui, dans laquelle le droit est opposé à des concurrents, apparaît dans toutes les définitions⁸⁹. Windscheid évoque le « droit à un comportement, action ou omission, de la part de toute personne quelconque ou d'une personne déterminée, vis-à-vis de son titulaire »⁹⁰. Ihering⁹¹ introduit l'idée de protection

⁸⁷ Qui accomplissent cependant davantage d'actes matériels

⁸⁸ J. Ghestin et G. Goubeaux, préc.

⁸⁹ *Dictionnaire de la culture juridique* : « Le droit subjectif présuppose un tiers auquel il est opposable ; c'est le droit de faire valoir une prérogative donnée à l'encontre d'autrui »

⁹⁰ *Pandektenrecht*, t. 1, 8^{ème} éd., 1900

juridique⁹². Or, une telle protection ne se conçoit que contre quelqu'un. Dabin insiste, quant à lui, sur la « condition d'altérité », inhérente au droit subjectif⁹³. L'exemple utilisé par l'auteur est particulièrement évocateur : Robinson, seul sur son île et absolument coupé de toute relation avec ses semblables n'a pas de droits. Il a des biens mais pas de droits : que ferait-il de droits puisqu'il n'a pas d'adversaires à qui les opposer ?⁹⁴ Les auteurs modernes admettent également que le droit subjectif est, d'abord et essentiellement, un mode de définition de la situation juridique du sujet à l'égard d'autrui⁹⁵.

Le droit subjectif est donc un rapport juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles peut exiger de l'autre le respect de ses obligations reconnues par la loi⁹⁶. Pour obtenir ce respect, le titulaire du droit dispose de la faculté d'agir en justice.

Par ailleurs, lorsque l'on aborde la question du pouvoir dans un sens général, on évoque *les rapports* de pouvoir ; il est donc également question d'*une relation* entre des acteurs sociaux. Pour le sociologue Max Weber, « le pouvoir s'observe quand un individu accomplit (ou s'abstient d'accomplir), conformément à la volonté d'un autre individu, une action qu'il n'aurait pas accomplie (ou qu'il aurait accomplie) spontanément ».

⁹¹ R. von Ihering, *L'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, 1888

⁹² Le droit subjectif est « un intérêt juridiquement protégé »

⁹³ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 : « Le droit subjectif appelle un autrui auquel l'appartenance-maîtrise est opposable » (p. 97). L'auteur évoque également des moyens de contrainte

⁹⁴ J. Dabin, préc. cité par J. Ghestin et G. Goubeaux, préc.

⁹⁵ J. Ghestin et G. Goubeaux, préc. Implicitement dans la définition proposée par Ph. Malinvaud (*Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^{ème} éd., 2008) : « droit de faire ou d'exiger [de quelqu'un] quelque chose sous la sanction de la loi » ; J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003 : le respect du droit peut être imposé à autrui ; J-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^{ème} éd, 2008 : Le droit subjectif est le pouvoir « d'imposer d'exiger ou d'interdire (...) »

⁹⁶ G. Michaélidès-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p. 216

Cette approche sociologique⁹⁷ rejoint les définitions qui peuvent être données en philosophie lorsque l'on aborde le pouvoir sous son angle social. Le pouvoir est ainsi décrit comme « l'autorité, le droit qu'un individu a de faire agir ou se comporter un autre individu dans le sens qu'il souhaite. La capacité d'induire chez quelqu'un une action qu'il n'eut pas accomplie spontanément est le signe du pouvoir que l'on a sur lui »⁹⁸. Ce qui caractérise donc le pouvoir, c'est la faculté d'imposer à autrui sa volonté, d'agir, de peser sur les actions des autres⁹⁹. Mais, imposer sa volonté peut se faire par différents moyens. Max Weber avait pu ainsi distinguer le pouvoir d'injonction, qui repose sur la coercition (la contrainte), et le pouvoir d'influence, qui repose sur le consentement du gouverné. Dans le même esprit, ont pu être distingués le pouvoir technique, qui repose sur les connaissances techniques supérieures du sujet, le pouvoir de disposition, qui repose sur le contrôle de certaines ressources, le pouvoir de coercition, lorsque le sujet menace d'employer ou emploie, de fait, des moyens susceptibles de causer un dommage direct à l'autre dans la sphère de ses intérêts économiques, moraux, affectifs ou autre, pour le cas où celui-ci ne se conformerait pas à sa volonté, et le pouvoir de manipulation¹⁰⁰.

S'agissant de notre étude, le pouvoir se manifestera dans son aspect le plus radical : la coercition¹⁰¹. En droit du travail, en effet, le pouvoir de l'employeur est essentiellement fondé sur la contrainte. J. Rivero note d'ailleurs que « l'autorité du chef d'entreprise sur le salarié s'exerce par des procédés qui

⁹⁷ Voir également H. Amblard, P. Bernoud, G. Herrerros, Y-F. Livian, *Les nouvelles approches sociologiques des organisations*, Seuil, 1996 : le pouvoir est « une capacité à orienter la conduite de l'autre, à l'influencer ou à la diriger ».

⁹⁸ *Dictionnaire de philosophie*, Fayard / éditions du temps, 2004 ; voir également M. Foucault qui définit le pouvoir comme « un mode d'action sur les actions des autres »

⁹⁹ P. Dockes, *Pouvoir et autorité en économie*, Economica, 1999

¹⁰⁰ *Encyclopédie de la philosophie*, La pochotèque, 2002

¹⁰¹ Nous revenons ainsi au concept de pouvoir tel qu'il est appréhendé par le droit public, qui est, nous l'avons vu, un droit « fondé sur la coercition, un droit de contrainte »

rappellent irrésistiblement ceux de la puissance publique »¹⁰². Il en est de même du pouvoir des institutions représentatives du personnel. Évidemment, il est parfaitement possible d'imaginer que la décision de l'employeur de se plier à la volonté des représentants du personnel puisse être guidée par autre chose que la crainte de sanctions. Un pouvoir d'influence ne serait donc pas à exclure. Cependant, céder à la volonté de l'autre alors que rien *d'extérieur* ne vous y contraint résulte d'avantage d'un accord de volonté (résultat d'une négociation) que de la reconnaissance d'un véritable pouvoir¹⁰³.

C'est pourquoi nous nous limiterons à l'étude des éléments objectifs qui sont en notre possession. Le pouvoir des représentants du personnel ici entendu sera donc un pouvoir de coercition.

Malheureusement, cet élément, commun au droit subjectif et au pouvoir, n'est pas suffisant pour différencier ceux-ci.

3. La source des prérogatives

Le droit subjectif, comme le pouvoir, trouve sa source dans le droit objectif.

Selon E. Gaillard, le pouvoir ne peut trouver sa source que dans « une norme attributive de pouvoir »¹⁰⁴. Cette conception ne fait pourtant pas l'unanimité parmi les auteurs. P. Lokiec a en effet proposé une autre

¹⁰² « Droit du travail et droit administratif », *Dr. Soc.* 1960, p. 609

¹⁰³ Par ailleurs, le pouvoir d'influence dépend essentiellement des capacités de persuasion du sujet et relève du subjectif. Ceci fait donc obstacle à une analyse générale des prérogatives des représentants du personnel.

¹⁰⁴ Préc.

qualification, qui ferait du pouvoir un rapport de fait¹⁰⁵. Le pouvoir ne serait plus attribué, mais reconnu par le droit à travers le contrôle dont il fait l'objet. L'existence d'un rapport de pouvoir serait alors à rechercher dans l'appréciation d'une situation de fait et l'élément caractéristique du pouvoir serait la direction.¹⁰⁶ Ainsi, par exemple, les pouvoirs de l'employeur (réglementaire, disciplinaire et de direction) n'existeraient pas en vertu d'une attribution par le droit, ils seraient de simples faits, existant de facto et reconnus par le droit à travers le contrôle dont ils font l'objet. Cette approche est intéressante dans la mesure où elle conduit à intégrer ce que l'on a appelé précédemment le "pouvoir d'influence". Mais une objection apparaît car retenir l'influence, ou "le pouvoir de fait", comme une manifestation du pouvoir suppose que seul le résultat est déterminant. Le pouvoir ne se manifesterait que lorsqu'une personne aurait effectivement imposé sa volonté à autrui. Le pouvoir n'existerait que s'il est exercé. Or, sur ce point nous rejoignons A. Jeammaud¹⁰⁷ et L. François¹⁰⁸. Selon ces auteurs, que, « les actes habilités soient effectivement pris et respectés (que par exemple des ordres soient donnés et obéis) demeure sans incidence sur l'existence et la titularité de cette prérogative attribuée ou reconnue par les règles de droit ». Dans le contexte de notre étude nous retiendrons donc une conception relativement restreinte de la notion de pouvoir trouvant sa source dans les règles sociales établies par les autorités compétentes. Mais le droit objectif, qui accorde des pouvoirs, est également la source des droits subjectifs.

¹⁰⁵ P. Lokiec, préc., n°454

¹⁰⁶ P. Lokiec, préc., n° 482

¹⁰⁷ « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », préc.

¹⁰⁸ *Introduction au droit social*, Fac. Droit Liège, 1974

Cette théorie de la primauté du droit objectif est aujourd'hui bien admise¹⁰⁹. En pratique, les individus n'ont pas d'autres droits que ceux qui leur sont accordés par la règle juridique objective¹¹⁰. Il ne leur est pas possible, par exemple, d'invoquer devant un tribunal un droit qui ne serait pas consacré par la loi, entendue au sens large. Il ne peut donc y avoir de droit subjectif que dans le cadre que trace le droit objectif¹¹¹. Et même si l'on admettait que certains pouvoirs des individus trouvent leur source profonde dans la nature humaine, force serait de convenir que ces droits sont doués d'efficacité seulement dans la mesure où les règles positives en reconnaissent l'existence¹¹². Enfin, c'est bien la loi qui prévoit les conditions requises pour que, de certaines circonstances¹¹³, résulte l'acquisition de droits au profit des particuliers. Il faut donc admettre que les droits subjectifs ont pour origine les règles objectives.

Les prérogatives des représentants du personnel sont effectivement prévues par le droit objectif, qu'il s'agisse de la loi, de la convention collective ou de la Constitution. Le Code du travail envisage, en effet, les hypothèses où les titulaires de mandat sont amenés à exercer leurs attributions, les modalités de cet exercice et les sanctions visant à protéger celui-ci. Les conventions collectives prévoient parfois un élargissement de ces compétences. Quant au préambule de la constitution de 1946, il dispose que « tout homme peut défendre

¹⁰⁹ Il existe néanmoins une thèse opposée, celle de la suprématie des droits subjectifs. Selon cette approche, les droits subjectifs seraient inhérents à la nature humaine. Bien que limités par la loi, ils auraient leur source profonde dans les individus eux-mêmes. Voir par exemple : M. Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, Arch. Philosophie du droit, 1964

¹¹⁰ J. Ghestin et G. Goubeaux, préc.

¹¹¹ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000 : « Les droits subjectifs n'existent que dans les limites qui sont tracées par les différentes règles de droit et sous les conditions posées par ces règles ».

¹¹² J. Ghestin et G. Goubeaux, préc.

Les « droits de l'homme » solennellement déclarés n'ont d'autre valeur juridique que celle que leur confère le texte qui les énonce.

¹¹³ Acte juridique ou fait juridique

ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » et 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 ».

4. La finalité des prérogatives

C'est sur cette question fondamentale que se construit généralement la distinction entre droit subjectif et pouvoir. Emmanuel Gaillard expliquait ainsi que ce dernier était « une prérogative finalisée. Par ce néologisme on entend signifier qu'à la différence du droit subjectif, le pouvoir est orienté vers un but, qu'il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire »¹¹⁴. Cette approche n'est pas nouvelle¹¹⁵ et est assez communément admise parmi les auteurs¹¹⁶. La finalité de ces deux prérogatives serait alors radicalement différente : altruiste pour le pouvoir, purement égoïste pour le droit subjectif. Afin de différencier les deux notions, il faudrait rechercher le but assigné à chaque prérogative ; et ce serait le rôle du législateur, ou de la jurisprudence, dans sa fonction d'interprétation ou de création de la règle de droit, que de le définir¹¹⁷.

S'agissant des représentants du personnel, précisément, le juge a mis en évidence le but altruiste de leurs prérogatives. Les arrêts Perrier¹¹⁸ l'ont indiqué sans ambiguïté en faisant référence à l'intérêt des salariés¹¹⁹ dans leurs célèbres attendus. Précédemment, la Cour supérieure d'arbitrage, créée à la suite de la loi

¹¹⁴ Préc. : « Les pouvoirs sont orientés vers un but, les droits subjectifs ne le sont pas »

¹¹⁵ P. Roubier, préc.

¹¹⁶ Voir par exemple F ; Terré, préc.

¹¹⁷ E. Gaillard, préc.

¹¹⁸ Préc.

¹¹⁹ Protection accordée « dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent »

du 31 décembre 1936 relative aux conflits collectifs de travail, avait déjà décidé que « le délégué étant l'organe élu de la collectivité de ses camarades, toute question relative à ses droits dans l'exercice de sa fonction était d'intérêt collectif »¹²⁰. D'ailleurs, les représentants étant protégés dans l'intérêt des institutions représentatives et de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, ils ne peuvent renoncer par avance au bénéfice de dispositions d'ordre public qui ne sont pas édictées dans leur intérêt personnel¹²¹.

D'autres décisions consacrent également *l'intérêt des salariés*. Ainsi un des critères permettant la reconnaissance d'un établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel, ou la désignation des délégués syndicaux, est l'existence d'une « communauté de travail ayant des *intérêts* propres ». ¹²² De même, la Cour de cassation a précisé la mission des délégués syndicaux en indiquant que « si la mission des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ne peut concerner que les problèmes intéressant directement les salariés qui les ont élus, celle des délégués syndicaux, qui consiste à représenter leur syndicat dans l'entreprise, peut être exercée en tous lieux dans *l'intérêt des salariés* de l'entreprise ou de l'établissement au titre duquel ils ont été désignés, dès lors qu'elle entre dans le cadre de l'objet défini par l'article L. 411-1 [ancien] du Code du travail ». ¹²³ Nombreuses encore sont, dans la loi, les références à *l'intérêt des salariés*.

¹²⁰ Décision citée par le Procureur général Touffait dans ses conclusions relatives aux arrêts du 21 juin 1974, *Dr. soc.* 1974, p. 454

¹²¹ Cass. soc. 10 octobre 1984, n° 82-42694, *Bull. V*, n° 365 ; Cass. crim. 26 novembre 1985, n° 83-90199, *Bull. crim.* n° 379 ; Cass. soc. 28 janvier 1988, n° 85-43400, *Bull. V*, n° 81 ; Cass. soc. 28 mars 1989, n° 86-43614, *Bull. V*, n° 258

¹²² Voir notamment Cass. soc. 20 décembre 2006, n° 05-60340 et 05-60380, *Bull. V*, n° 405 ; Cass. soc. 15 décembre 2004, n° 03-60461, *Bull. V*, n° 338 ; Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 03-60173, *Bull. V*, n° 214

¹²³ Cass. soc. 23 janvier 1990, n° 86-43817 et 86-43815, *Bull. V*, n° 21 ;

Selon le code du travail, les délégués syndicaux, par exemple, sont chargés de représenter leur syndicat auprès de l'employeur¹²⁴. Quant à l'objet du syndicat, il est défini par référence aux intérêts des salariés selon l'article L. 2131-1 : « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des *intérêts* matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». Dans ce cas, les prérogatives accordées aux syndicats, ainsi qu'à leurs délégués, le sont dans un but déterminé : la défense des droits et intérêts des travailleurs. Quant au comité d'entreprise, il a pour objet « d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de *leurs intérêts* dans les décisions [...] »¹²⁵.

Ainsi, la raison d'être des institutions représentatives du personnel et, par conséquent, les prérogatives dont celles-ci disposent, reposent sur la satisfaction de l'intérêt des salariés. Et ce caractère finalisé pourrait alors orienter la qualification vers le pouvoir et conduire à délaisser celle de droit subjectif.

Pourtant, la solution n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. Le droit subjectif ne présente pas toujours un caractère exclusivement égoïste. Il renferme également une dimension sociale, souvent délaissée d'ailleurs. Certains auteurs ont relevé cet oubli. Ainsi, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, dans leur ouvrage d'introduction au droit¹²⁶, indiquent que « le droit subjectif consacre une prérogative individuelle jugée socialement utile ; d'où il résulte que ce droit est la fois prérogative et fonction. Inséparablement ». Georges

¹²⁴ C. trav. art. L. 2143-3

¹²⁵ C. trav. art. L. 2323-1 . Egalement C. trav. art L. 2325-3 qui dispose que « les conditions de fonctionnement du comité d'entreprise doivent permettre une prise en compte effective *des intérêts des salariés* [...] »

¹²⁶ Préc.

Michaélidès-Nouaros¹²⁷ écrivait également que « le droit subjectif est une prérogative reconnue par l'ordre juridique au profit d'un particulier, en tant que personne et membre de la société, dans le but de déployer une activité utile à lui-même et au bien commun ».

Les droits subjectifs présentent donc, à leur tour, une finalité autre que la satisfaction d'un intérêt strictement personnel. Doctrine et jurisprudence ont d'ailleurs montré que les droits ne sont conférés qu'au soutien d'intérêts légitimes et non en vue de nuire à autrui. De ce point de vue, leur exercice devient répréhensible s'ils sont détournés de leur fin. Il faut alors confronter le but poursuivi par leurs titulaires et la finalité des droits ainsi concédés. Dans ces conditions, il est concevable que certains droits soient plus indentifiables que d'autres à travers leur finalité. Leurs objectifs peuvent être plus ou moins précis et plus ou moins altruistes. Jean-Louis Bergel¹²⁸ précisait, à cet égard, que « certains droits ont pour objet l'intérêt de leur titulaire, d'autres sont destinés à la protection d'autres personnes, de l'enfant par exemple ; d'autres sont inspirés par l'intérêt général ; d'autres ont à la fois une fonction individuelle et une fonction sociale, comme le droit de propriété ».

Le fait que les prérogatives des représentants du personnel s'exercent dans un intérêt partiellement distinct de celui qui leur est propre ne permet donc pas d'exclure la qualification de droit subjectif. Ces prérogatives peuvent être des droits spécialement dédiés encore appelés « droits-fonctions ». Cette expression, empruntée à Louis Josserand¹²⁹, rend bien compte de la particularité des

¹²⁷ « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p. 216

¹²⁸ Préc.

¹²⁹ L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Dalloz, 2^{ème} éd, 1939. L'auteur distinguait les droits-fonctions, dans lesquels il voyait des droits à l'esprit altruiste, et les droits-pouvoirs, à l'esprit plus égoïste. Notion également utilisée par d'autres auteurs : Voir par exemple, J. Dabin, préc.

attributions des titulaires de mandat. D'autres auteurs ont d'ailleurs lié droit et fonction¹³⁰. En revanche, pour une certaine partie de la doctrine, ces droits-fonctions ne sont rien d'autre que des pouvoirs, tels qu'Emmanuel Gaillard les a décrits. À notre sens, ces prérogatives peuvent être d'authentiques droits subjectifs, car elles en remplissent les caractéristiques. Mais elles se distinguent des pouvoirs en raison d'autres éléments.

B. L'élément de différenciation : la liberté

En exerçant ses prérogatives le titulaire va faire un choix. La différence réside essentielle dans la liberté de ce choix.

Détenir le pouvoir, c'est disposer de la faculté de choisir librement.

Choisir d'agir tout d'abord. Il n'y a de pouvoir que si le titulaire est libre d'exercer ou non sa prérogative. On retrouve cette idée en droit administratif¹³¹ où un auteur relève qu'il ne peut y avoir de véritable pouvoir que si les actions sont « un acte du libre arbitre juridique du titulaire, de sa volonté personnelle ». Tel n'est pas le cas si « elles sont prescrites, imposées par une règle de droit qui en prévoit l'intervention comme obligatoire lorsque telles conditions précisément déterminées sont données »¹³². Comme le souligne Pascal Lokiec, le choix ne doit pas être dicté mais simplement encadré par le droit¹³³. Dans le cas contraire, il ne s'agit pas d'un pouvoir mais simplement de la mise en œuvre

¹³⁰ J-L. Aubert et É. Savaux, préc.

¹³¹ Le pouvoir est à l'origine une notion et un concept de droit public sur lequel repose l'État et son fonctionnement. Il n'est donc pas inutile d'aller chercher de ce côté quelques pistes de réflexion.

¹³² C. Eisenman, *Cours de droit administratif*, Tome 2, LGDJ, 1982

¹³³ Préc. n° 312

d'une « réglementation impérative de l'action »¹³⁴. Pascal Lokiec prend alors l'exemple de l'employeur qui serait tenu de licencier un salarié parce qu'il a atteint tel âge, ou qu'il est atteint de telle maladie : il ne s'agirait plus d'un pouvoir, le titulaire ayant perdu sa liberté de choix. Le code du travail prévoit, d'ailleurs, certains mécanismes de ce type. Ainsi en cas de harcèlement moral ou sexuel, les articles L. 1152-5 et L. 1153-6 disposent que « tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral [ou sexuel] est passible d'une sanction disciplinaire ». La Cour d'Appel de Toulouse a précisé, à propos du harcèlement sexuel, que « l'employeur qui ne sanctionne pas le salarié auteur du harcèlement commet une faute qui autorise la victime à prendre acte de la rupture du contrat de travail et à réclamer des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse »¹³⁵.

Choisir les moyens d'agir ensuite. Il ne peut y avoir d'authentique pouvoir que si le titulaire est libre de sélectionner le procédé, la manière d'agir qu'il estime la plus appropriée. Le contenu de l'action ne doit donc pas être imposé par le droit lorsqu'il y a pouvoir. Si la loi dicte au titulaire ce qu'il doit faire et comment il doit le faire, il ne peut y avoir de pouvoir. Le titulaire, qui agit dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, doit être libre de l'évaluation de cet intérêt et de la manière de le défendre. Il doit être libre de choisir ce qu'il pense être le mieux pour la satisfaction des intérêts dont il a la charge.

Ainsi, par exemple, si le pouvoir de licencier de l'employeur peut être contrôlé, ce dernier doit rester le seul et unique auteur du choix¹³⁶. L'arrêt SAT

¹³⁴ C. Eisenman, préc.

¹³⁵ Toulouse, 26 octobre 2000, *RJS* 2001, n° 407

¹³⁶ P. Lokiec, préc. : « S'il n'est plus le seul acteur de la décision, il en reste le seul et unique auteur »

rendu par l'Assemblée plénière le 8 décembre 2000¹³⁷ est une bonne illustration de cette caractéristique du pouvoir de l'employeur et de sa préservation par les juges. Dans cette affaire, la société SAT avait mis en œuvre une réorganisation de ses activités et, pour cela, avait décidé de fermer un de ses sites (Riom). Licenciés pour motif économique à la suite de leur refus d'être mutés sur un autre site, certains salariés ont contesté la cause réelle et sérieuse du licenciement au regard du critère de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. La particularité de ce dossier tient au fait, qu'à l'origine trois solutions avaient été envisagées par l'entreprise et présentées aux représentants du personnel. La première consistait à maintenir la situation avec réduction d'effectifs (86 licenciements). La seconde prévoyait le maintien du site de Riom avec spécialisation sur certains produits (213 licenciements). La troisième, adoptée par la société, consistait à fermer totalement le site de Riom et à regrouper les activités à Montereau (318 licenciements). La Cour d'appel a fait droit à la demande des salariés, estimant que « la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité étant assurés dans les trois hypothèses envisagées, l'entreprise, en choisissant la solution de regroupement d'activités à Montereau et de fermeture du site de Riom, n'a pas intégré dans ses calculs (...) le concept de préservation de l'emploi (...) et a donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise ».

La Cour de cassation lui reproche d'avoir jugé ainsi alors « d'une part qu'elle reconnaissait que cette condition était remplie dans les trois hypothèses de réorganisation envisagées initialement par l'employeur (...) d'autre part, qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur ». Si la

¹³⁷ n° 97-44219, *Bull. A.P.*, n° 11 ; *Dr. soc.* 2001, p. 126, conclusions P. de Caigny, note A. Cristau ; *JCP* 2000, II, 10498, note F. Duquesne ; *RJS* 2/01, p. 95, note P-H. Antonmattéi

censure s'impose, c'est donc en raison du fait que les premiers juges ont bel et bien entendu priver l'employeur de sa liberté de choix, et partant, de son pouvoir en matière économique. En effet, que resterait-il de ce pouvoir si, entre plusieurs solutions pertinentes, le chef d'entreprise ne pouvait plus choisir celle qui lui paraîtrait la plus appropriée ?

Le détenteur d'un pouvoir dispose donc de la faculté d'évaluer l'opportunité d'agir ainsi que celle de choisir les moyens d'y procéder. Au contraire, le titulaire d'un droit-fonction ne dispose pas de cette totale liberté.

Certes, la reconnaissance d'un droit subjectif implique une possibilité de choix. Cette faculté est inhérente à la nature de ce droit ainsi que le reconnaissent les auteurs¹³⁸. Mais l'unanimité doctrinale se rompt lorsqu'est évoqué le caractère plus ou moins étendu de cette possibilité de choix¹³⁹. Selon le contenu du droit considéré, cette faculté pourrait être limitée.

Les droits-fonctions, qui ont pour finalité l'intérêt d'autrui, sont, à cet égard, particulièrement « téléguidés ». L'objectif qui leur est assigné impose cette restriction. La liberté d'agir du titulaire est alors amputée. Mais l'ampleur de cette atteinte varie nécessairement selon le type de droit-fonction en cause. Tout comme il existe une gradation au sein de la catégorie des droits subjectifs, il se trouve des différences entre les droits-fonctions eux-mêmes. Selon le but qui leur est assigné, la liberté de choix dont dispose leur titulaire sera plus ou moins atteinte, ou se situera à des niveaux différents. Mais toute liberté n'est pas nécessairement annihilée. Seule, par exemple, pourra être affectée la liberté d'action, ou celle de choisir les moyens d'agir.

¹³⁸ Voir par exemple Windscheid, préc. qui évoque le « pouvoir de volonté » ; également J. Ghestin et G. Goubeaux, préc.

¹³⁹ J. Ghestin et G. Goubeaux, préc.

Cette limite à la liberté de choix ne doit pas être confondue avec le contrôle du droit résultant de l'application des règles juridiques qui précisent l'exercice de celui-ci. L'existence de telles règles ne permet pas de qualifier une prérogative, car nombreuses sont celles qui sont encadrées de la sorte. Le pouvoir est d'ailleurs lui-même encadré par ce moyen. Mais dans la sphère où il se trouve reconnu, la liberté de choix de son titulaire est totale alors que le droit-fonction est doublement limité à cet égard : objectivement par la loi et subjectivement par l'atteinte portée à la liberté de choix de son titulaire.

L'existence d'une liberté limitée est donc bien un trait caractéristique du droit-fonction qui permet de le distinguer du pouvoir.

Mais la qualification de droit-fonction ne doit pas conduire à une totale immunité. Il n'est, en effet, plus envisageable, à l'heure actuelle, d'attribuer des prérogatives sans contrepartie. Quelle que soit la nature de ces dernières, une exigence de responsabilité s'impose donc.

Section 3 : L'exigence de responsabilité

En 1950, Paul Durant écrivait « toute immunité personnelle engendre l'anarchie (...) c'est le statut même des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise et le progrès social qu'ils représentent que l'on compromettrait à vouloir protéger les représentants du personnel contre leurs plus graves défaillances »¹⁴⁰. L'exigence d'une responsabilité était alors reconnue. Et pourtant, à l'heure actuelle, rares sont les hypothèses où sont

¹⁴⁰ « Les problèmes posés par la protection des délégués du personnel », *Dr. soc.* 1950, p. 401

décrits de réels devoirs et obligations à la charge des titulaires de mandat en contrepartie de leurs prérogatives.

Certes, l'on peut évoquer la sanction électorale et la menace d'une non réélection à l'issue d'un mandat jugé décevant par les salariés. Mais ce type de responsabilité manque d'efficacité en raison, notamment, du peu d'intérêt que portent, en général, les travailleurs subordonnés aux scrutins d'entreprise.

La révocation n'est guère plus efficace. Le délégué syndical peut être révoqué directement par l'organisation syndicale qui l'a désigné¹⁴¹. Les délégués du personnel¹⁴² et les membres du comité d'entreprise¹⁴³ peuvent, quant à eux, être révoqués en cours de mandat sur proposition de l'organisation syndicale qui les a présentés, approuvée au scrutin secret par la majorité du collège électoral auquel ils appartiennent. En pratique, cette procédure est peu appliquée, s'agissant des délégués du personnel et du comité d'entreprise¹⁴⁴. Quant à la révocation des délégués syndicaux, elle n'est pas nécessairement la conséquence d'une faute ou d'un mauvais exercice du mandat et ne permet pas aux salariés eux-mêmes de faire entendre leur mécontentement. Cette mesure n'est donc pas entièrement satisfaisante.

¹⁴¹ C. trav. art. L. 2143-7

¹⁴² C. trav. art. L. 2314-29

¹⁴³ C. trav. art. L. 2324-27

¹⁴⁴ Et elle ne concerne par ailleurs que les représentants présentés par une organisation syndicale. Les autres échappent à cette procédure.

Quelques régimes de responsabilité plus précis ont été créés par la loi¹⁴⁵. Des obligations de secret¹⁴⁶ et de discrétion¹⁴⁷ pèsent, notamment, sur les institutions représentatives relativement aux informations auxquelles elles ont accès dans l'exercice de leurs fonctions. Cela n'est évidemment pas négligeable. Néanmoins, ces mécanismes ne couvrent pas l'entier champ d'activité des titulaires de mandat et ne leur est en rien spécifique puisque d'autres personnes s'y trouvent soumises¹⁴⁸. Ces sanctions ne sont donc pas suffisantes.

Il est alors nécessaire d'associer les prérogatives des institutions du personnel et la responsabilité découlant de celles-ci sous un angle plus général.

Le délit d'entrave pourrait constituer un point de départ à l'analyse. La généralité de sa définition par le législateur¹⁴⁹ permet, en théorie, de poursuivre quiconque porte atteinte à la constitution des institutions représentatives du personnel ou à l'exercice de leur mission. Il est donc possible d'imaginer qu'un représentant du personnel, personne physique, soit poursuivi pour avoir entravé l'exercice de la mission de l'institution dont il est membre. Les juridictions l'ont déjà admis¹⁵⁰. Néanmoins, ce type d'action est rare en pratique¹⁵¹ et se heurte à l'identification de son auteur. Qui sera autorisé à exercer celle-ci ? Les juges ont exclu que les salariés se voient reconnaître un intérêt à agir, en une telle

¹⁴⁵ J-L. Bergel notait ainsi dans son ouvrage de théorie générale du droit (préc., p. 41) que « les textes se sont multipliés pour imposer aux individus, en contrepartie de leurs droits, des devoirs importants »

¹⁴⁶ C. trav. art. L. 2325-5 alinéa 1 et L. 2143-21

¹⁴⁷ C. trav. art. L. L. 2325-5 alinéa 2

¹⁴⁸ Les experts appelés à assister les institutions représentatives par exemple.

¹⁴⁹ Par exemple C. trav. art. L. 2328-1 : « Le fait d'apporter une entrave ». Auparavant, la formule était encore plus explicite : « Quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte,.... »

¹⁵⁰ Cass. crim. 10 mai 2007, n° 06-83175, inédit : dans cette affaire, le prévenu était poursuivi pour abus de confiance caractérisé par des détournements au préjudice d'un comité d'établissement. Le délit d'entrave avait été évoqué mais la question n'a pas été tranchée.

¹⁵¹ C'est principalement l'employeur, ou son représentant, qui est poursuivi pour entrave

occurrence¹⁵². Seule l'institution elle-même¹⁵³, ou un syndicat¹⁵⁴ est habilité à prendre une initiative en cette matière¹⁵⁵. Les salariés de l'entreprise doivent donc se contenter de faire confiance à leurs institutions représentatives afin de défendre leurs droits, même lorsque ceux-ci ont été bafoués par un de leurs représentants. En outre, aucun autre recours que celui des syndicats n'est possible pour les institutions non collégiales comme les délégués du personnel ou les délégués syndicaux¹⁵⁶. Surtout, la mesure de la sanction soulève bien d'autres interrogations.

Une amende constitue-t-elle une riposte suffisamment dissuasive et adaptée à ce type d'infraction ? Les juges pourront-ils prononcer une interdiction d'exercer le mandat à l'encontre du représentant malhonnête ? Aucune juridiction ne s'est pour le moment aventurée sur cette question. Il est donc parfaitement légitime de s'interroger sur l'efficacité réelle de ce régime de responsabilité et de se tourner vers d'autres fondements.

C'est évidemment au régime de droit commun de la responsabilité civile qu'il peut être envisagé de recourir. Or la reconnaissance d'une telle responsabilité fondée sur la faute n'a pas été évidente en la matière. Le débat

¹⁵² La constitution de partie civile a été refusée aux salariés dans une affaire d'abus de confiance caractérisé par des détournements de fonds du comité d'entreprise par plusieurs de ses membres. La Cour de cassation a considéré que « le détournement partiel de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise, versée par l'employeur, ne porte pas directement préjudice aux salariés » : Cass. crim. 16 octobre 1997, n° 96-86231, *Bull. crim.*, n° 341

¹⁵³ Cass. crim. 21 mai 1998, *RJS* 10/98, n° 1242, 2^{ème} espèce : « Seul le comité d'entreprise, représenté par un de ses membres mandaté à cet effet, a qualité pour exercer l'action civile en cas d'entrave apportée à son fonctionnement »

¹⁵⁴ Cass. crim. 4 mai 1971, n° 70-91862, *Bull. crim.*, n° 131 : « le fait d'apporter entrave au fonctionnement d'un comité d'entreprise est en lui-même générateur d'un préjudice subi par la profession à laquelle appartient le personnel de l'entreprise et dont les syndicats qui représentent cette profession ont qualité pour demander réparation » ; également Cass. crim. 28 novembre 1984, n° 83-93094, *Bull. crim.*, n° 375 et Cass. crim. 25 avril 1989, n° 87-91068, *RJS* 7/89, n° 595

¹⁵⁵ Est ainsi refusée l'action de l'employeur : Cass. crim. 21 mai 1998, préc.

¹⁵⁶ Puisque le délit d'entrave n'est susceptible de porter préjudice qu'aux personnes protégées par les textes le prévoyant : Cass. crim. 4 novembre 1987, n° 87-80856, inédit

sur l'immunité des grévistes illustre parfaitement les difficultés et les réticences rencontrées sur cette question. Au début des années 1980, et à la suite d'un important mouvement collectif, l'ancienne régie Renault a présenté une demande à la CGT du Mans pour un montant de près de 3 milliards de centimes de l'époque. Les syndicats cherchèrent alors ouvertement à obtenir du législateur certaines garanties et obtinrent du ministre du travail que soit ajouté, par un amendement au projet qui devait donner naissance à la loi du 6 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, un article 8 qui limitait strictement le domaine de la responsabilité civile. Ce texte prévoyait qu' « aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation de dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits ». Un recours fut immédiatement présenté au Conseil constitutionnel contre cet article 8 lequel fut effectivement sanctionné¹⁵⁷. À cette occasion, il a été jugé qu'il n'appartenait pas au législateur d'édicter une disposition refusant aux victimes d'actes fautifs, qu'elle qu'en soit la gravité, toute espèce de réparation. La Cour de cassation rendit alors, dès le 9 novembre 1982, deux arrêts par lesquels elle s'efforça de fixer le droit positif en la matière¹⁵⁸.

S'agissant spécifiquement des représentants du personnel, la faute génératrice de responsabilité peut tout d'abord résulter d'un dépassement de ce

¹⁵⁷ Cons. const. 22 octobre 1982, n° 82-144 DC, *D* 1983, jp, p. 189, note F. Luchaire

¹⁵⁸ Arrêts *Traylor* (n° 80-13958, *Bull. V*, n° 614) et *Dubigeon-Normandie* (n° 80-16929, *Bull. V*, n° 615), *Dr. soc.* 1983, p. 175, note J. Savatier.

De ces deux arrêts, on peut tirer deux conclusions essentielles : aucun des participants aux conflits collectifs du travail ne peut prétendre à une irresponsabilité de principe, mais la responsabilité encourue ne peut être qu'une responsabilité pour faute personnelle

que la loi leur permet de faire dans l'exercice de leur mission. De même, leurs prérogatives étant dédiées, la méconnaissance du but qui leur est assigné est susceptible de fonder une action en responsabilité. Sur cette question la responsabilité encourue pour l'exercice de droits-fonctions et celle sanctionnant l'exercice d'un pouvoir ne sont, en définitive, pas très éloignées l'une de l'autre. Le non-respect de la finalité, dans les deux hypothèses, peut fonder une action. La distinction provient alors de l'élément qui les différencie : la liberté dans les choix effectués. Le titulaire d'un droit-fonction, ne disposant pas de cette liberté d'action, verra sa responsabilité engagée en considération de la manière dont la prérogative a été utilisée ainsi qu'au vu de l'obligation d'agir qui pèse parfois sur lui. En revanche, il est impensable de contraindre le titulaire du pouvoir à l'action. Quant au contrôle de l'utilisation de ce pouvoir, il est nécessairement équilibré. Une capacité d'influer largement sur les choses et sur autrui justifie une responsabilité importante. Mais un contrôle trop approfondi aurait pour effet de porter atteinte à la liberté que le pouvoir renferme et donc au pouvoir lui-même. Là, réside la difficulté du contrôle du pouvoir.

Surtout, la désignation de l'auteur de l'action en responsabilité se posera à nouveau sur ces différents terrains. Car si l'existence d'un préjudice permet généralement une telle désignation, la multiplicité des intérêts que met en cause l'action des institutions du personnel ouvre la voie du prétoire à un grand nombre de personnes, salariés, syndicats, représentants du personnel eux-mêmes et employeur. En outre, la reconnaissance d'un intérêt à agir au profit de certains intervenants invite à s'interroger sur le type de responsabilité mise en jeu, civile, disciplinaire ou pénale, et sur les sanctions qui découlent de celle-ci : neutralisation de l'auteur de la faute, soumission contrainte à l'action, réparation du préjudice subi etc.

Avant d'évoquer la responsabilité des institutions représentatives, il est nécessaire de procéder à une analyse de leurs prérogatives afin de parvenir à une qualification juridique. Cette analyse ne peut être réalisée qu'à partir de leurs fonctions, telles les décrit principalement le Code du travail.

Première partie : Les fonctions des institutions représentatives du personnel

Seconde partie : La responsabilité des institutions représentatives du personnel

Première partie : Les fonctions des institutions représentatives du personnel

Le Code du travail envisage les prérogatives des représentants du personnel en termes d'attributions¹⁵⁹. Et pourtant, il ne s'agit pas d'une liste de compétences ou de tâches sans lien entre elles. Ces prérogatives sont orientées vers un but et ont un rôle bien particulier. Elles peuvent en conséquence être regroupées selon l'objectif qu'elles visent. Il y a les attributions qui tendent à améliorer l'information des salariés, celles qui ont pour objet leur protection, etc. C'est pourquoi elles seront abordées sous l'angle de fonction, notion qui rend bien compte du rôle qui peut leur être reconnu.

Mais cela ne suffit pas à la détermination de leur statut juridique. La question de la responsabilité étant, *a priori*, liée à la qualification de pouvoir, il est important de caractériser, pour chaque prérogative, son appartenance à la catégorie des pouvoirs ou à celle des droits-fonctions.

L'étude aurait alors pu être menée à partir de chaque fonction.

Cependant, plusieurs institutions peuvent se voir reconnaître la même fonction, et celle-ci présentera alors certaines particularités. Car l'intérêt protégé

¹⁵⁹ Terme utilisé dans l'intitulé des chapitres détaillant leurs prérogatives

peut être de nature différente. Alors qu'il est collectif pour le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (Titre I), il est individuel pour le délégué du personnel et mixte pour le délégué syndical¹⁶⁰ (Titre II). C'est pourquoi l'analyse se fera par type d'institution. L'intérêt de cette présentation se situe sur le plan de la responsabilité et de l'action : si l'intérêt est collectif, le syndicat pourrait agir sur le fondement de l'intérêt de la profession ainsi qu'un salarié altruiste. Si l'intérêt est individuel, la responsabilité est susceptible d'être engagée par le seul salarié¹⁶¹.

¹⁶⁰ Pour ce dernier c'est à la fois l'intérêt du syndicat, celui du salarié et celui des salariés

¹⁶¹ Idem pour l'action civile au pénal

Titre I : Les fonctions exercées dans un intérêt exclusivement collectif

Les institutions qui expriment, dans leur exercice, un intérêt collectif sont les institutions collégiales de l'entreprise, celles qui sont dotées de la personnalité civile.

Pour le comité d'entreprise (Chapitre I) il s'agit « d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts »¹⁶² dans les décisions de l'entreprise et de gérer ou contrôler les œuvres sociales « dans *l'intérêt des salariés* et de leur famille »¹⁶³.

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (Chapitre II), quant à lui, « contribue à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure »¹⁶⁴. Il exerce donc effectivement ses attributions dans l'intérêt collectif des travailleurs.

¹⁶² C. trav. art. L. 2323-1

¹⁶³ Cass. soc. 11 février 1971, n° 69-12463, *Bull. V*, n° 110

¹⁶⁴ C. trav. art. L. 4612-1

Chapitre I : Les fonctions du comité d'entreprise¹⁶⁵

À la libération, le gouvernement provisoire s'est trouvé en charge de définir une formule de participation des salariés à la vie de l'entreprise qui, en conformité avec les principes nouveaux de la démocratie sociale, serait applicable à l'ensemble des entreprises. La situation était alors complexe¹⁶⁶. D'un côté des comités de gestion existaient déjà au sein de certaines entités¹⁶⁷. De l'autre, les comités sociaux d'entreprise¹⁶⁸ créés sous Vichy¹⁶⁹ continuaient d'exercer leur mission en fait. Le choix effectué va tenir compte de ces deux données et les comités d'entreprise créés par l'ordonnance du 22 février 1945 ont réunis ces deux fonctions : économique d'une part (Section 1) et sociale et culturelle d'autre part (Section 2).

¹⁶⁵ Sont incluses dans cette étude les institutions dérivées du comité, y compris les institutions internationales. Il s'agit de décrire ici l'esprit du comité d'entreprise et celui-ci est identique quelles que soient les instances en cause.

¹⁶⁶ Sur cette période : J-P. Le Crom, « Le comité d'entreprise, une institution sociale instable », in *L'enfance des comités d'entreprise* (Actes du colloque des 22-23 mai 1996), Roubaix, Centre des archives du monde du travail, p. 173

¹⁶⁷ Ils sont mis en place par des comités d'usine issus de la Résistance à la faveur de l'emprisonnement ou de la fuite de dirigeants compromis par leurs activités avec les allemands

¹⁶⁸ Ils s'occupent des cantines, des coopératives de ravitaillement, des jardins ouvriers, des crèches, des colonies de vacances, etc.

¹⁶⁹ Charte du travail du 4 octobre 1941

Section 1 : Les fonctions économiques du comité

La loi du 28 octobre 1982 a marqué une rupture avec l'esprit de l'ordonnance de 1945 qui évoquait « l'association des travailleurs à la gestion des entreprises » en vue d'une « coopération nécessaire » dans « l'intérêt commun »¹⁷⁰. Ce qui est désormais attendu du comité d'entreprise, c'est qu'il fasse entendre la voix des salariés sur les principales questions relatives à la marche économique de l'entreprise et à l'occasion des principales décisions qui s'y rapportent¹⁷¹. Même si, nous allons le voir, il n'a de manière générale pas le pouvoir de décider lui-même ou de faire obstacle aux choix de l'employeur, la réalisation de sa mission nécessite qu'il puisse prendre position en toute connaissance de cause. C'est pourquoi le législateur a régulièrement multiplié ses interventions obligatoires et développé les moyens d'information dont il dispose. L'augmentation de ses droits est-elle de nature à remettre en cause le rôle essentiellement consultatif du comité ? Rien n'est moins sûr. La modification, lors de la recodification, de l'intitulé du chapitre du Code du travail relatif aux prérogatives du comité pourrait même laisser penser le contraire. Au titre "attributions et pouvoirs" a été substitué celui d'"attributions" seul. Ces changements semblent être davantage la marque d'une baisse de l'influence des comités dans l'entreprise. Le comité dispose-t-il donc encore de pouvoirs, s'il en a jamais eu ?

¹⁷⁰ C. trav. art. L. 432-1 ancien : « Le comité d'entreprise *coopère* avec la direction à l'amélioration des conditions d'emploi et de travail ainsi que des conditions de vie du personnel au sein de l'entreprise ».

¹⁷¹ C. trav. art. L. 2323-1 : « Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ».

§1. Le droit à l'information du comité

Le comité dispose de différents moyens afin d'accéder, directement ou indirectement, à l'information dans l'entreprise.

A. L'information générale du comité d'entreprise

La loi a énuméré une série de documents que l'employeur est tenu de remettre périodiquement au comité.

Une documentation initiale doit tout d'abord être communiquée au comité, comprenant des informations économiques et financières¹⁷² ainsi que la convention ou l'accord collectif applicable¹⁷³.

Par la suite, certains documents et rapports sont transmis régulièrement. Ainsi, tous les ans, l'employeur est obligé de fournir la liste des modifications apportées aux conventions et accords collectifs¹⁷⁴, la déclaration sur les travailleurs handicapés¹⁷⁵, le rapport sur les réserves de participation¹⁷⁶, celui sur l'hygiène, la sécurité et les conditions de travail¹⁷⁷, celui sur l'assurance contre certains risques¹⁷⁸, le rapport du médecin du travail¹⁷⁹ et surtout le rapport annuel d'ensemble¹⁸⁰. Semestriellement, l'employeur informe le comité sur les congés sabbatiques¹⁸¹. Tous les trimestres, le comité doit être informé sur les commandes, les finances, la production, les cotisations de sécurité sociales et de

¹⁷² C. trav. art. L. 2323-7

¹⁷³ C. trav. art. R. 2262-2

¹⁷⁴ C. trav. art. R. 2262-6

¹⁷⁵ C. trav. art. R. 5212-4

¹⁷⁶ C. trav. art. D. 3323-13

¹⁷⁷ C. trav. art. L. 4612-17

¹⁷⁸ C. trav. art. L. 2323-49 et L. 2323-60 : (cette remise se fait sur demande du comité)

¹⁷⁹ C. trav. art. D. 4624-45

¹⁸⁰ C. trav. art. L. 2323-55

¹⁸¹ C. trav. art. L. 3142-106

retraites complémentaires¹⁸², la situation de l'emploi et les équipements et méthodes de production¹⁸³, les emplois précaires¹⁸⁴ ainsi que sur les divers contrats aidés¹⁸⁵.

Enfin, certains évènements entraînent ponctuellement une information du comité. Tel est le cas, par exemple, de la prise de participation dont l'entreprise est l'objet¹⁸⁶, ou de l'alerte déclenchée par un commissaire aux comptes¹⁸⁷.

L'exercice par le comité de ce droit à l'information lui permet d'exiger quelque chose et, en ce sens, il s'agit d'une authentique prérogative. Celle-ci est opposable aux tiers et notamment à l'employeur. La non communication des informations par ce dernier est, en effet, passible d'une condamnation pour entrave¹⁸⁸. Néanmoins, la liberté de choix du comité dans ce domaine n'est pas totale. Le moyen d'agir, le contenu de la prérogative est imposé par le droit. Tout ce que l'institution est en mesure d'exiger c'est le respect du principe de la communication. Elle ne peut en choisir la nature, la substance.

En conséquence, la qualification de pouvoir ne saurait être retenue ; il s'agit d'un droit-fonction.

B. L'information du comité dans l'entreprise sociétaire

La loi prévoit une représentation du comité d'entreprise au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, ainsi qu'à l'assemblée générale

¹⁸² C. trav. art. L. 2323-46 et L. 2323-50

¹⁸³ C. trav. art. L. 2323-51

¹⁸⁴ C. trav. art. L. 2323-52 : (sur demande du comité) ; et L. 2323-53

¹⁸⁵ C. trav. art. L. 2323-54

¹⁸⁶ C. trav. art. L. 2323-19 *in fine*

¹⁸⁷ C. comm. art. L 234-1 alinéa 2

¹⁸⁸ Cass. crim. 19 juin 2001, n° 00-80489, *Bull. crim.*, n° 150 ; Cass. crim. 8 janvier 2002, n° 01-82757, inédit.

des actionnaires¹⁸⁹. Cette représentation s'applique à toutes les sociétés, dès lors qu'elles comportent un conseil d'administration ou un conseil de surveillance.

Le rôle des représentants du comité d'entreprise¹⁹⁰ est alors essentiellement consultatif. Les élus peuvent soumettre au conseil d'administration ou de surveillance les vœux du comité sur lesquels le conseil doit donner un avis motivé. Ils ont droit pour cela aux mêmes communications que les autres membres du conseil à l'occasion de leurs réunions¹⁹¹. Quant aux représentants du comité d'entreprise à l'assemblée générale des actionnaires, ils ne disposent pas non plus du droit de vote, mais ils doivent être entendus, s'ils le demandent, lors de toute délibération requérant l'unanimité des associés¹⁹².

Ce type d'intervention des représentants ne peut être assimilé à un authentique pouvoir car à aucun moment il n'y a de réelle liberté. Si en « étant entendus » et en « soumettant des vœux » les titulaires de mandat exercent bien une prérogative qui leur permet de faire quelque chose, (en l'espèce prendre la parole et émettre des propositions ou des suggestions), les moyens qui sont à leur disposition sont particulièrement limités et tout ce qu'ils peuvent obtenir de leurs interlocuteurs est que ces derniers les écoutent. Il s'agit donc de droits-fonctions.

Par ailleurs, selon l'article L. 2323-67 du Code du travail, le comité d'entreprise¹⁹³ peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence¹⁹⁴. Il lui est

¹⁸⁹ C. trav. art. L. 2323-62 et suivants

¹⁹⁰ Ces représentants désignés par un vote auquel ne participe pas l'employeur : Cass. soc. 5 mai 1983, n° 81-16787, *Bull. V*, n° 235

¹⁹¹ C. trav. art. L. 2323-63

¹⁹² C. trav. art. L. 2323-67

¹⁹³ Le comité est représenté par un de ses membres délégué à cet effet.

¹⁹⁴ Cette demande est adressée au président du tribunal de commerce statuant en référé.

également possible de requérir l'inscription de projets à l'ordre du jour des assemblées. Il s'agit là également de droits-fonctions. Dans un cas comme dans l'autre le comité est appelé à exercer une prérogative qui lui permet de faire ou d'exiger quelque chose, le cas échéant sous la contrainte du juge. En outre, concernant la demande de désignation en justice d'un mandataire, le tribunal de commerce de Marseille¹⁹⁵ a précisé que la notion d'urgence, non définie par la loi, devait être appréciée à travers le comité d'entreprise et les intérêts qu'il représente. Ses prérogatives sont donc finalisées. Mais le choix, là encore, n'est pas totalement libre, ce qui s'oppose à la qualification de pouvoir. La loi dicte au comité ce qu'il doit faire et comment il doit le faire.

C. Le droit à l'expertise¹⁹⁶

Pour l'exercice de ses attributions économiques et en vue de renforcer ses moyens d'information, le comité d'entreprise peut bénéficier de l'assistance de différents experts.

1. Les experts rémunérés par l'entreprise

Le comité a la possibilité de solliciter un expert-comptable et un expert en technologie, dont la mission est de rendre plus accessible l'information aux membres du comité¹⁹⁷ ; il s'agit donc avant tout d'un « travail d'éclaircissement et de pédagogie »¹⁹⁸.

¹⁹⁵ 7 novembre 2001, n° 2001R00906

¹⁹⁶ Pour une étude générale sur cette question, voir par exemple M. Cohen, « Les experts du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1984, p. 281

¹⁹⁷ L'article L. 2325-36 du Code précise par exemple que « la mission de l'expert-comptable porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise ».

¹⁹⁸ Q. Urban, « Comité d'entreprise – Rôle et attributions en matière économique », *Rép. Trav. Dalloz*, n° 457

Le recours à l'expert-comptable est prévu par l'article L. 2325-35 du Code du travail qui dispose que le comité peut se faire assister en vue de l'examen annuel des comptes¹⁹⁹, afin d'analyser les documents de gestion prévisionnelle²⁰⁰, lorsque l'entreprise est partie à une opération de concentration²⁰¹, à l'occasion de la procédure d'alerte²⁰² et lorsqu'il est consulté à propos des procédures de licenciements économiques²⁰³. Quant à l'expert technique, le comité peut y faire appel pour l'étude des projets portant sur l'introduction de nouvelles technologies au sein des entreprises de 300 salariés au moins²⁰⁴.

Les modalités de recours à l'expertise divergent selon le spécialiste en cause, mais les prérogatives du comité restent néanmoins les mêmes dans les deux hypothèses.

L'assistance d'un expert technique, son choix et la définition de sa mission impliquent une délibération de la délégation salariale qui doit émettre un vote majoritaire et l'*accord* de l'employeur. On a donc le sentiment que l'expert n'est pas désigné librement par le comité alors qu'en matière comptable aucun accord n'est exigé par la loi²⁰⁵ et que la jurisprudence offre au comité la faculté de

¹⁹⁹ C. trav. art. L. 2323-8

²⁰⁰ C. trav. art. L. 2323-10

²⁰¹ C. trav. art. L. 2323-20

²⁰² C. trav. art. L. 2323-78

²⁰³ C. trav. art. L. 1233-30

²⁰⁴ C. trav. art. L. 2325-38

²⁰⁵ Bien qu'il y ait eu sur ce point des difficultés, résolues par la nouvelle codification. L'ancien article L. 434-6 al. 6 qui posait l'exigence de l'accord, renvoyait à l'alinéa 4 qui traitait de la mission de l'expert-comptable. D'où la tentation de considérer que l'accord était requis pour l'expert comptable. La rédaction de l'article L. 2325-38 clarifie les choses.

changer d'expert, de diviser les missions et de les répartir entre plusieurs experts²⁰⁶. Cependant, les différences ne sont qu'apparentes.

En effet, la Cour de cassation a spécifié qu'en cas de *désaccord* entre les membres, l'expert-comptable est désigné par un vote du comité²⁰⁷. Interprétée *a contrario* cette décision impose un accord préalable avec l'employeur, ce qui rapprocherait les deux procédures. Un accord serait donc nécessaire dans les deux cas, le comité pouvant, en matière comptable, passer outre les divergences en procédant à un vote auquel ne participe pas l'employeur²⁰⁸.

Par ailleurs, en vue de l'expertise technique, le comité a également la possibilité d'imposer le recours à l'expert. En effet, en cas de désaccord, la décision est prise par le président du tribunal de grande instance statuant en urgence. Ce dernier devra alors apprécier l'existence d'un projet important correspondant aux conditions des articles L. 2323-13 et L. 2323-14 du Code du travail et si ces conditions sont réunies, il ordonnera l'expertise.

En définitive, le comité pourra toujours mais selon des modalités distinctes, choisir de faire appel à un expert, dans les limites légales. Mais à la différence de l'expertise comptable où l'employeur devra contester *a posteriori* la validité du recours à l'expert²⁰⁹, dans le cas de l'expertise technologique, c'est au comité d'entreprise d'agir judiciairement contre l'opposition de l'employeur. Les prérogatives du comité en matière d'expertises rémunérées par l'entreprise

²⁰⁶ Jusqu'en 1982 le comité devait choisir un expert-comptable inscrit au tableau de l'ordre dans le ressort de la cour d'appel du siège de l'entreprise. Cette restriction géographique a disparu.

²⁰⁷ Cass. crim. 12 avril 1988, n° 87-80985, *Dr.soc.* 1991, p. 47

²⁰⁸ Cass. soc. 5 mai 1983, n° 81-16787, *Bull.V*, n° 235 ; Cass.soc. 26 novembre 1987, n° 86-14530, *Bull. V*, n° 679

²⁰⁹ Cass. soc. 26 novembre 1996, n° 94-18575, inédit ; Cass. soc. 14 mars 2006, n° 05-13670, *Bull. V*, n° 101

sont donc les mêmes quel que soit le spécialiste en cause, sous réserve de la chronologie de la procédure.

2. Les experts rémunérés par le comité

« Le comité d'entreprise peut faire appel à tout expert rémunéré par ses soins pour la préparation de ses travaux »²¹⁰. Le recours à de tels experts donne lieu à une délibération du comité. Rien n'est précisé dans le Code du travail sur la question de la participation de l'employeur au vote et la jurisprudence n'a pas, à notre connaissance, eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Cependant, dans la mesure où l'expert intervient pour assister la délégation salariale et qu'en outre, cet expert est rémunéré directement par le comité d'entreprise, le vote de l'employeur devrait être écarté.

Le comité dispose donc d'une totale liberté en la matière : opportunité de recourir à un expert, choix de cet expert, rémunération directe, ... ; ce qui habilite à reconnaître l'existence d'un véritable pouvoir. L'employeur, par ailleurs, n'intervient qu'en vue de fixer, par accord avec le comité d'entreprise, les modalités d'accès de l'expert aux locaux de l'entreprise, autres que le local du comité²¹¹. Pour le reste, les droits de l'expert sont les mêmes que ceux du comité.

3. Le cas particulier de l'expertise de gestion

Le comité d'entreprise peut souhaiter disposer d'une analyse d'un expert sur une ou plusieurs opérations de gestion. C'est pourquoi, il a la possibilité de saisir le président du tribunal de commerce en référé afin d'obtenir la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur ces

²¹⁰ C. trav. art. L. 2325-41

²¹¹ C. trav. art. L. 2325-41 al 3

questions²¹². Le secrétaire d'un comité d'établissement peut également agir en vue de la désignation d'un expert de gestion si le comité a voté une résolution le mandatant pour « tous recours possibles donnés par la législation en vigueur notamment auprès du tribunal de grande instance et du tribunal de commerce »²¹³.

La décision de recourir à une action en justice pour que soit désigné un expert sera prise collectivement et l'employeur ne devrait pas y prendre part car sont alors en cause ses décisions de gestion²¹⁴. Par son vote, il aurait naturellement tendance à faire obstacle à ce type de procédure.

La demande du comité sera accueillie favorablement si les conditions de désignation de l'expert sont remplies. Il faut en effet que le comité fasse état d'une présomption d'irrégularité ou du moins qu'il établisse que l'opération concernée est susceptible de porter atteinte à l'intérêt social²¹⁵. La notion d'intérêt social n'est pas définie par la loi et son contenu fait l'objet de nombreux débats doctrinaux²¹⁶. L'intérêt des salariés pourrait en être une composante²¹⁷.

De manière générale, le comité dispose, en matière d'expertise, d'un véritable pouvoir qui s'inscrit plus largement dans son droit à l'information²¹⁸. Or, ce droit à l'information ne débouche généralement sur aucun autre pouvoir dans la gestion de l'entreprise. L'information permet au comité d'exercer au

²¹² C. com. art. L 225-231 pour les SA ; C. com. Art. L. 223-37 pour les SARL

²¹³ CA Versailles, 27 septembre 1985, *Bull. Joly* 1986, p. 95

²¹⁴ Voir en ce sens, B. Teyssié, « L'expert de gestion du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1994, p. 877

²¹⁵ Cass. com. 10 février 1998, n° 96-11988, *Bull. IV*, n° 69

²¹⁶ A. Pirovano, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron, p. 189 ; C. Bailly-Masson, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *Petites affiches*, 9 novembre 2000

²¹⁷ Q. Urban, « Comité d'entreprise – Rôle et attributions en matière économique », *Rep. Trav. Dalloz*, n° 474

²¹⁸ Le recours aux experts ayant pour but d'améliorer l'information du comité.

mieux sa mission, qui demeure essentiellement consultative. Le pouvoir de désigner un expert conduit donc à une impasse et se dissout ensuite dans un droit-fonction.

D. Le droit d'alerte

Attribué et réglé par l'article L. 2323-78 du Code du travail, ce droit constitue le principal moyen d'intervention préventive du comité en cas de difficultés au sein de l'entreprise. Il peut être exercé lorsque le comité « a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ».

La procédure d'alerte comporte trois étapes : demande d'explications à l'employeur en présence d'un fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ; établissement d'un rapport si la réponse de l'employeur est insuffisante ou confirme le caractère préoccupant de la situation ; élargissement de l'alerte, enfin, à l'organe collégial chargé de l'administration ou de la surveillance s'il en existe un, ou aux associés dans le cas contraire.

L'exécution de l'action débute par le vote d'une résolution demandant des explications à l'employeur. Eu égard à l'objet de cette résolution, l'employeur ne participe pas au vote ; il pourrait en effet être tenté de faire obstacle à cette demande. Quant aux circonstances permettant de déclencher la procédure, le critère posé par le Code pourrait se rapprocher de celui retenu pour la mise en œuvre de la procédure de surveillance et d'alerte offerte au commissaire aux comptes. Celui-ci doit en effet alerter les dirigeants s'il relève « des faits de

nature à compromettre la continuité de l'exploitation »²¹⁹. Cependant, les formulations, bien que similaires, en apparence, sont bien différentes sur le fond. Et surtout, les préoccupations du commissaire aux comptes et du comité d'entreprise ne sont pas les mêmes²²⁰. Le critère d'intervention du comité est, en pratique, extrêmement large et celui-ci pourra agir pour d'autres raisons que celles qui commandent la démarche du commissaire aux comptes. Car ce qui guide le comité c'est encore et toujours l'intérêt des salariés ; or, comme le souligne Maurice Cohen²²¹, les résultats financiers peuvent être excellents et ne pas inquiéter un commissaire aux comptes alors que les salariés craignent par exemple pour leur emploi. Le comité doit avoir ses propres critères des « faits préoccupants », même si la continuité de l'activité de l'entreprise n'est pas compromise²²². Tel serait le cas d'un nombre inaccoutumé de démissions, qui peut ne gêner en rien la marche de l'entreprise, mais inquiéter les élus du personnel²²³.

La question qui se pose alors est celle du caractère contraignant de la décision prise par le comité pour la direction et de la liberté de choix dont dispose l'institution. Certains auteurs ont affirmé que « le caractère préoccupant des faits invoqués constituait une notion subjective »²²⁴ dans le sens où le comité peut arguer de son inquiétude sans avoir à prouver qu'il a raison d'être

²¹⁹ C. com. art. L. 234-1

²²⁰ R. Badinter souligne que « l'appréciation par le comité d'entreprise est d'ordre plus économique que comptable », *JO Sénat* 15 novembre 1983, p. 2886

²²¹ *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009

²²² Cass. soc. 19 février 2002, n° 00-14776, *Bull. V*, n° 70 : il s'agissait en l'espèce de la fermeture d'un laboratoire de prothèses dentaires entraînant des suppressions d'emplois et remettant en cause les missions traditionnelles de l'entreprise. La Cour de cassation rejette l'argument selon lequel « le fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise » est caractérisé lorsque la continuité de l'exploitation est compromise.

²²³ CA Paris, 7 mai 2003, *Dr. ouv.* 2004, p. 422

²²⁴ M. Cohen, préc., p. 650

préoccupé. La jurisprudence semblait leur donner raison puisque la procédure d'alerte était valable dès que le comité invoquait des faits « qu'il *estimait* être de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise »²²⁵. Etant ainsi « maître de la qualification des faits »²²⁶ il pouvait lui être reconnu un authentique pouvoir. Cependant, un arrêt récent semble remettre en cause cette interprétation. Dans cette affaire²²⁷, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui a considéré que l'information soumise au comité « ne portait pas sur des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'organisme, en sorte qu'il n'y avait pas lieu à exercice par le comité d'entreprise à son droit d'alerte ». Un contrôle est donc effectué par le juge sur les conditions d'utilisation de l'alerte, or même le cas de l'abus²²⁸. Cette solution conduit, en l'espèce, à exclure du champ de contrôle du comité certains documents. La chambre sociale précise d'ailleurs que l'employeur avait communiqué volontairement ces informations aux élus alors qu'il n'y était pas tenu.

Si la demande d'explications est bien une prérogative opposable aux tiers et notamment à l'employeur, la liberté de choix du comité sur cette question n'existe pas. Son contenu est borné et imposé par le droit.

C'est également le cas dans les autres étapes de la procédure.

Au second stade de la procédure, l'employeur est certes tenu d'apporter des réponses aux questions posées par le comité. Il ne peut refuser de le faire car il se trouverait exposé, en cas d'obstacle injustifié, à l'exercice de poursuites au

²²⁵ Cass. soc. 8 mars 1995, n° 91-16002, *Bull. V*, n° 81

²²⁶ M. Cohen, préc. p. 650

²²⁷ Cass. soc. 21 novembre 2006, n° 05-45303, inédit

²²⁸ Abus, qui constituait pour M. Cohen le seul fondement capable d'écarter les règles de l'alerte.

titre du délit d'entrave. Mais par la suite, « si le comité n'a pu obtenir de réponse satisfaisante ou si celle-ci confirme le caractère préoccupant de la situation, il établit un rapport »²²⁹. L'établissement de ce rapport constitue bien l'exercice d'une prérogative. Cependant, les modalités d'action de l'institution ne sont pas libres. La loi lui dicte ce qu'elle doit faire et comment elle doit le faire.

Enfin, le comité peut choisir (à la majorité de ses membres et non compris le chef d'entreprise) de saisir les organes dirigeants. Dans les sociétés dotées d'un organe chargé de l'administration ou de la surveillance, la transmission du rapport doit donner lieu à une réponse motivée²³⁰. Au sein des autres entités, rien n'oblige le gérant ou l'administrateur à répondre, même si en pratique le silence n'est guère possible²³¹. Cette dernière phase est également marquée par l'absence de liberté dans les modalités d'action. Le comité ne peut choisir les moyens d'agir.

A chaque étape de la procédure d'alerte, le comité d'entreprise exerce donc une prérogative lui permettant de faire ou d'exiger quelque chose. Cette prérogative est, à chaque fois, opposable à l'employeur. Cependant, et c'est particulièrement vrai au moment du déclenchement de la procédure, la liberté du comité n'est pas totale. Le contenu est imposé par la loi. Cette limitation conduit à exclure la qualification de pouvoir au profit de celle de droit-fonction.

²²⁹ C. trav. art. L. 2323-78 al. 3

Pour l'établissement de ce rapport, le comité peut se faire assister d'un expert-comptable dont il peut librement préciser et compléter la mission. L'employeur n'est pas en droit de s'y opposer. Le rapport est transmis à ce dernier ainsi qu'au commissaire aux comptes.

²³⁰ C. trav. art. L. 2323-81 al. 1 et 2

²³¹ C. trav. art. L. 2323-81 al 3

§2. Le droit et le pouvoir d'exprimer un avis

A. Le droit d'exprimer un avis consultatif, droit-fonction

« Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle »²³². Ce principe général est complété par des dispositions visant des situations ponctuelles.

Le Code précise en son article L. 2323-3 que « dans l'exercice de ses attributions consultatives, définies aux articles L. 2323-6 à L. 2323-60, le comité d'entreprise émet des *avis et vœux* ». Cela peut-il s'apparenter à un pouvoir ?

Les formulations générales utilisées par le code nous conduisent à ne pas distinguer selon le sujet soumis à consultation, la procédure étant, dans tous les cas, sensiblement la même.

1. Le choix

Selon le Code, le terme "consulter" implique un échange de vues, une réponse de la direction aux questions et observations formulées et une libre discussion²³³. Dans ce but, le comité doit disposer « 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 »²³⁴. Il est donc

²³² C. trav. art. L. 2323-6

²³³ L'article L. 2341-6 relatif au comité d'entreprise européen et à la procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimension communautaire dispose que « Pour l'application du présent titre, le terme de consultation s'entend comme l'organisation d'un échange de vues et l'établissement d'un dialogue ». Cette définition peut très bien être étendue aux autres hypothèses de consultation du comité d'entreprise. La notion « d'échange de vue » a d'ailleurs été reprise par l'article L. 2323-61 qui concerne l'adaptation des règles de consultation par voie d'accord.

²³⁴ C. trav. art. L. 2323-4

nécessaire de créer les conditions d'un véritable débat préalablement à l'émission par le comité de son avis.

Les modalités d'expression de cet avis restent néanmoins incertaines²³⁵. Bien entendu le vote est « l'expression la plus élaborée »²³⁶ de l'avis du comité mais il est possible de se demander si le comité peut s'affranchir de tout recours au vote afin de s'exprimer. Le Code est relativement imprécis sur cette question. Car hormis deux hypothèses où il est fait expressément référence à un « scrutin secret »²³⁷, ou à un « vote à bulletin secret »²³⁸, les formulations employées sont très générales. L'article L. 2325-18 dispose en effet que « les résolutions du comité d'entreprise sont prises à la majorité des membres présents » et que « le président du comité ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation ». Cela signifie-t-il qu'il y a nécessairement vote lorsque le comité est consulté ? De nombreux auteurs sont plutôt opposés à cette idée²³⁹, arguant notamment qu'il peut y avoir consultation sans vote si le comité a adopté au cours de la réunion une position suffisamment claire, ou s'il a refusé de voter²⁴⁰. Cette opinion n'est cependant pas unanimement partagée ; d'autres auteurs estiment que « l'avis, en tout cas, implique un vote qui l'arrête, le formalise »²⁴¹. La Cour de cassation, quant à elle, ne s'est jamais précisément prononcée sur cette question. Lorsque l'occasion s'est présentée la chambre sociale s'est contentée de préciser que « l'avis du comité ne peut être exprimé

²³⁵ Voir L. Marquet de Vasselot, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJS* 9-10/00, p. 607 et B. Gauriau, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 184

²³⁶ M. Cohen, préc.

²³⁷ En cas de licenciement d'un représentant du personnel : C. trav. art. R. 2421-9

²³⁸ En cas de licenciement d'un médecin du travail : C. trav. art. R. 4623-21

²³⁹ Voir notamment M. Cohen, préc ; L. Marquet de Vasselot, préc.

²⁴⁰ G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001

²⁴¹ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 23^{ème} éd, 2006, n° 730

que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent », condamnant ainsi la pratique qui prévoyait que l'avis était recueilli sous forme d'une prise de position de chaque organisation syndicale²⁴². La haute juridiction n'a donc pas répondu à la question de savoir si un vote est ou non nécessaire.

Néanmoins, si l'on considère, comme la chambre sociale l'avait indiqué précédemment, que l'obligation légale de consultation est satisfaite dès lors que la question a été soumise à l'avis du comité, « peu important que les représentants du personnel se soient refusés à formuler un avis »²⁴³, la question de l'existence d'un vote devient accessoire puisque refuser de rendre un avis c'est déjà faire un choix et prendre une décision.

Lorsqu'il est consulté pour avis, le comité dispose bien de la faculté de faire un choix, qui est l'objet de la prérogative exercée.

Quant aux controverses sur les notions de "délibération", "résolution" et "décision", elles ne présentent également que peu d'intérêt. Car, tout d'abord, si certains auteurs distinguent entre "résolution" et "délibération"²⁴⁴, cette thèse ne fait pas l'unanimité²⁴⁵. Le Professeur Savatier soutient pour sa part que « par le terme de résolution, le législateur a visé toutes les manifestations de la volonté collective de l'assemblée constituée par le comité d'entreprise, qu'il s'agisse d'avis en réponse à une consultation par le chef d'entreprise, de vote d'un texte

²⁴² Cass. soc. 5 décembre 2006, n° 05-21641, *Bull. V*, n° 371 ; *Dr. soc.* 2007, p. 184, note B. Gauriau

²⁴³ Cass. soc. 18 février 1998, n° 95-42172, *Bull. V*, n° 93

²⁴⁴ Selon M. Cohen, préc., p. 389 : « Les décisions sont prises par le comité pour l'exécution des orientations définies dans ses résolutions ». Ainsi les avis, vœux, motions, observations, adoptions de rapports votés par le comité seraient des résolutions et non des décisions. L'intérêt de cette distinction serait que la décision (qui est un acte juridique) serait susceptible d'annulation judiciaire en cas d'illégalité alors que la résolution n'est qu'une orientation qui ne pourrait donner lieu à contentieux en l'absence de mesure d'exécution.

²⁴⁵ Voir par exemple G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001, n° 62

d'orientation, ou de décisions sur la gestion des activités sociales et culturelles »²⁴⁶. Par ailleurs, "décision" et "résolution" sont souvent assimilées l'une à l'autre²⁴⁷. C'est notamment la position de la circulaire DRT n° 12 du 30 novembre 1984 qui précise que la décision de recourir à un expert-comptable est une résolution²⁴⁸. Ce rapprochement se retrouve également dans la jurisprudence. La Cour de cassation a en effet relevé que le comité avait « décidé par résolution [de se retirer d'un comité interentreprises] »²⁴⁹. Dans une autre décision, la chambre sociale a même employé indifféremment les trois termes de "décision", "délibération" et "résolution"²⁵⁰. Enfin, cette distinction ne présente d'intérêt que pour le calcul de la majorité nécessaire à l'occasion du vote²⁵¹ et ne préjuge en rien de la capacité de choisir du comité. Dans le cadre d'une décision, d'une délibération ou d'une résolution, le comité exprime toujours un choix. Les délibérations et résolutions ne sont donc finalement que des formes de prises de décision. Ces termes sont d'ailleurs utilisés en droit public²⁵² ainsi qu'en droit commercial²⁵³ pour exprimer une opinion ou la manifestation d'une volonté²⁵⁴.

²⁴⁶ *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, éd Liaisons, 1992, p. 109

²⁴⁷ Il est en revanche des cas où elles sont distinguées, comme par exemple dans l'article L. 4614-2 du Code du travail relatif au CHSCT

²⁴⁸ n° 3-1-2 de la circulaire

²⁴⁹ Cass. soc. 25 janvier 1995, n° 92-16778, *Bull. V*, n° 38

²⁵⁰ Cass. soc. 12 octobre 2006, n° 04-15794, *Bull. V*, n° 287

²⁵¹ C. trav. art. L. 2325-18

²⁵² En droit constitutionnel, la résolution est la « délibération adoptée par une assemblée parlementaire, en dehors de la procédure de l'élaboration des lois, en vue de prendre une décision d'ordre intérieur ayant trait au fonctionnement et à la discipline de l'assemblée ou créer une commission d'enquête ou de contrôle, ou décider une mise en accusation devant la haute cour de justice » : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007

²⁵³ Selon l'article L. 236-28 du Code de commerce les associés « se prononcent, par une résolution spéciale, sur la possibilité de mise en œuvre de procédures d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou d'indemnisation des associés minoritaires » en cas de fusion transfrontalière.

Selon l'article L. 225-35 le conseil d'administration « règle par ses délibérations les affaires qui concernent la société ».

Il s'agit sans conteste de décisions.

²⁵⁴ Selon le dictionnaire juridique Cornu, la résolution est « l'action de délibérer, de décider ou le résultat de cette action » et la délibération est « la réflexion, l'opération par laquelle on

Lorsqu'il est consulté pour avis, le comité d'entreprise est donc amené à exercer une prérogative lui permettant de faire des choix. Cette prérogative est opposable à l'employeur.

2. L'opposabilité du droit

a. Au moment du vote

L'article L. 2325-18 du Code dispose que « l'employeur ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel ». Dans tous les cas où il sollicite l'avis du comité, le président ne peut donc pas prendre part au scrutin. Cette interdiction vise toutes les hypothèses de consultation, en matière économique et sociale qui découlent de cette fonction représentative.

La règle vise à protéger le principe même de la consultation en évitant que « l'employeur puisse se répondre à lui-même »²⁵⁵. Le comité sera par conséquent en mesure de choisir sans subir de contraintes de la part de l'employeur. Une délibération du comité peut donc être annulée si la participation de l'employeur au vote, dont il aurait dû être écarté, a influencé les résultats²⁵⁶. Une décision du 22 novembre 1988 a en outre admis que le principe même de la participation de l'employeur au vote, indépendamment de toute pression ou influence, conduisait à l'irrégularité du vote du comité et donc à sa nullité²⁵⁷.

réfléchit avant de prendre parti ». Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il existe indiscutablement un processus de choix.

²⁵⁵ M. Cohen, préc.

²⁵⁶ À propos du licenciement d'un salarié protégé : Cass. soc. 28 janvier 1988, n° 85-41558, *Bull. V*, n° 82 et CE 31 octobre 1990, n° 82488

²⁵⁷ Cass. soc 22 novembre 1988, n° 85-42007, *Bull. V*, n° 617

L'indépendance et l'autonomie du comité en matière consultative sont préservées de toute intrusion patronale.

Mais cette absence de l'employeur lors du vote peut également être interprétée de manière moins favorable au comité. Le Professeur Savatier considère en effet que cette exclusion peut être également le signe que « la délibération du comité a pour but d'exprimer le point de vue des représentants du personnel sur une question où l'employeur conserve son pouvoir de décision²⁵⁸ ». Le vote du président, mêlé à celui des représentants élus du personnel, ne se justifiant que « s'il s'agit de prendre une décision en commun, le président se pliant alors à la décision majoritaire à laquelle il aura contribué par son vote ». L'absence de l'employeur lors du vote n'est donc pas nécessairement le signe d'un pouvoir du comité²⁵⁹.

b. Les actions en justice

α. L'entrave

Le comité peut défendre ses prérogatives en agissant sur le terrain de l'entrave. Mais la portée réelle de cette action est limitée.

Le comité peut tout d'abord agir pour défendre l'existence même de la consultation ; ainsi lorsque l'employeur s'abstient de le consulter alors que cette procédure est obligatoire²⁶⁰.

²⁵⁸ « Vote du président et pouvoirs de la majorité dans les délibérations du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 206

²⁵⁹ Même si le vote du chef d'entreprise ne se conçoit pas non plus lorsqu'il s'agit de prendre une décision sur une question qui relève de la seule compétence des représentants des travailleurs

²⁶⁰ La jurisprudence est importante à ce sujet : Voir par exemple Cass. crim. 2 mars 1978, n° 76-92008, *Bull. crim.*, n°83 ; Cass. crim. 25 octobre 1977, n° 76-90534, *Bull. crim.*, n° 321 ; Cass. crim. 27 novembre 1990, n° 89-81454, *RJS* 1991, n° 205 ; Cass. crim. 4 novembre 1997, n° 96-84594, *Bull. crim.*, n° 370

Le comité peut également agir en cas de défaut ou d'insuffisance d'informations préalables à la consultation. En effet, « le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, résultant de l'absence de consultation de celui-ci dans les conditions prévues par l'article L. 431-5 (anc.) du Code du travail, recouvre non seulement le défaut de consultation formelle lors de la réunion du comité mais également l'omission d'information écrite et préalable, qui, seule, permet la consultation utile de cet organisme »²⁶¹.

Enfin, nous l'avons vu, la consultation doit être l'occasion d'une véritable discussion, d'un débat entre la direction et les représentants du personnel. C'est pourquoi, commet le délit d'entrave l'employeur qui consulte le comité sur une modification de l'organisation du travail et une diminution de la rémunération alors que sa décision est déjà prise²⁶². Dans ce cas, la consultation n'est pas véritablement « préalable »²⁶³.

Par le biais de l'entrave le comité peut imposer certaines obligations à l'employeur, mais non ses propres décisions. Son seul objet est d'obtenir le respect des dispositions légales aménageant les modalités de sa consultation.

β. Les autres actions judiciaires

Le comité d'entreprise peut-il s'opposer à la décision prise par l'employeur ?

En la matière, la Cour de cassation pose une limite essentielle : l'irrégularité de la consultation du comité n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité de la décision de l'employeur²⁶⁴. En revanche, si le comité

²⁶¹ Cass. crim. 13 janvier 1998, n° 96-81478, *Bull. crim.*, n° 17

²⁶² Cass. crim. 11 janvier 2000, n° 99-80229, *Bull. crim.*, n° 13

²⁶³ Voir également Cass. crim. 13 décembre 1994, n° 93-85092, *Bull. crim.*, n° 405

²⁶⁴ Cass. soc. 5 mai 1998, n° 96-13498, *Bull. V.*, n° 219 ; Cass. soc. 19 mars 2003, n° 01-12094, *Bull. V.*, n° 105 ; Cass. soc. 17 juin 2003, n° 01-41522, *Bull. V.*, n° 195

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 de manière irrégulière, il peut saisir le juge des référés afin d'obtenir une suspension des opérations en cours tant que la consultation n'aura pas été régulièrement assurée²⁶⁵. Ce pouvoir suspensif du juge a été consacré par la Cour de cassation. Ainsi, la chambre sociale a-t-elle décidé, le 28 novembre 2000 qu'il y avait lieu, « pour permettre le respect de l'obligation de consultation du comité d'entreprise et l'obligation de négocier, de suspendre la mise à exécution de la décision de l'employeur »²⁶⁶. Cette décision a été confirmée par la suite²⁶⁷.

En cas de licenciements pour motifs économiques, les solutions sont plus complexes. De manière générale, « l'irrégularité de la procédure consultative permet seulement d'obtenir la suspension de la procédure de licenciement ou à défaut la réparation du préjudice subi »²⁶⁸ ; Les délais de contestation sont alors ceux prévus par l'article L. 1235-7 du Code.

Néanmoins, l'action en nullité n'est pas impossible mais simplement limitée.

Tout d'abord, la Cour de cassation admet qu'une irrégularité affectant la procédure de consultation du comité d'entreprise sur le plan de sauvegarde de l'emploi puisse entraîner la nullité de la procédure de licenciement si la

²⁶⁵ Voir M. Cohen, « Le recours au juge des référés pour faire suspendre une décision irrégulière de l'employeur », *RPDS* 1998, p. 283. La Cour de cassation a également reconnu aux syndicats la possibilité de demander en justice la suspension de la procédure dans l'attente de la consultation du comité : Cass. soc. 24 juin 2008, n° 07-11411, *RJS* 10/08, n° 1008

²⁶⁶ Cass. soc. 28 novembre 2000, n° 98-19594, *Bull. V*, n° 398

²⁶⁷ Cass. soc. 13 novembre 2001, n° 99-10891, *Bull. V*, n° 343 ; Cass. soc. 10 avril 2008, n° 06-45741, inédit

²⁶⁸ Voir par exemple Cass. soc. 18 novembre 1998, n° 96-22343, *Bull. V*, n° 501

suspension de la procédure a été demandée avant son achèvement²⁶⁹. L'irrégularité doit donc être soulevée à un moment où elle aurait pu encore être corrigée par l'employeur.

Par ailleurs, « l'absence d'un plan social ou la nullité de celui-ci entraîne la nullité de la procédure de licenciement »²⁷⁰. En effet, l'article L. 1235-10 du Code du travail dispose que « 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 ». La nullité édictée par cet article a été appliquée non seulement en cas d'inexistence du plan de sauvegarde de l'emploi²⁷¹, mais également lorsque le plan présenté par l'employeur s'avère insuffisant²⁷². Cet élargissement de la nullité à l'insuffisance du plan social va sans conteste dans le sens de la reconnaissance d'authentiques pouvoirs au comité. L'action exercée pour la défense du principe même de la consultation ne permet pas d'influer sur les décisions de gestion. Il ne s'agit que de défendre une prérogative, une règle de procédure prévue par le législateur. En revanche, la reconnaissance d'une action ayant pour but de contester le fond de la décision de l'employeur permet au comité de peser sur les choix de ce dernier qui sera contraint de recommencer la procédure et de modifier le contenu de son plan. Quant aux licenciements qui auraient été prononcés, ils sont également entachés de nullité²⁷³. Dans ce cas, le comité peut réellement peser sur les décisions de l'employeur.

²⁶⁹ Cass. soc. 3 mai 2007, n° 05-45990, inédit ; Cass. soc. 11 janvier 2007, n° 05-10350, *Bull. V*, n° 5

²⁷⁰ Cass. soc. 18 novembre 1998, préc. Et récemment Cass. soc. 26 juin 2008, n° 07-41786, *RJS* 10/08, n° 979

²⁷¹ Cass. soc. 12 novembre 1996, n° 92-44905, *Bull. V*, n° 375

²⁷² Cass. soc. 13 février 1997, n° 95-16648, *Bull. V*, n° 63 ; Cass. soc. 23 janvier 2002, n° 00-14521, *Bull. V*, n° 29

²⁷³ C. trav. art. L. 1235-11

3. L'absence de liberté

En indiquant que « les *décisions* de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise, sauf en application de l'article L. 2323-25, avant le lancement d'une offre publique d'acquisition », l'article L 2323-2 reconnaît que c'est l'employeur qui est amené à décider, et non pas le comité d'entreprise.

La consultation représente-t-elle alors réellement une limitation au pouvoir de l'employeur ? Au premier regard, il semblerait que non puisque l'on ne peut manquer de relever que le choix du comité d'entreprise est suivi d'une décision de l'employeur sur le même sujet. La chronologie des faits n'est donc pas favorable aux élus car on a le sentiment que c'est l'employeur qui a « le dernier mot ».

Néanmoins, cela pourrait constituer un élément de reconnaissance de pouvoirs au comité. En effet, la consultation semble se rapprocher de la négociation. Nous avons vu que la consultation se concevait comme « l'organisation d'un échange de vues »²⁷⁴ et l'établissement d'un débat, ce qui présente indiscutablement des traits communs avec la négociation. Néanmoins, le processus n'est pas identique. Dans la négociation, l'établissement d'un dialogue n'est qu'un préalable à des concessions réciproques consenties afin de rapprocher les positions. Lors de la consultation, rien de tout cela, - ce qui ne signifie pas pour autant que les destinataires de la décision (ou leurs représentants) sont exclus du processus décisionnel²⁷⁵.

D'autre part, la finalité diverge. La consultation, à la différence de la négociation, n'a pas pour finalité la conclusion d'un accord, mais « l'expression

²⁷⁴ C. trav. art. L. 2323-61

²⁷⁵ E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, n°124

d'un avis dans le cadre d'une décision unilatérale prise par autrui »²⁷⁶. Il ne s'agit donc pas de prendre une décision en commun : la consultation ne vise pas l'acceptation de la décision mais seulement son acceptabilité²⁷⁷. La Cour d'Appel de Versailles²⁷⁸ a précisé que l'objectif de la procédure d'information-consultation était notamment que la décision prise rencontre un minimum de compréhension.

De manière générale le comité n'est pas en mesure d'imposer ses choix à l'employeur. Les actions dont il dispose ne tendent qu'à faire respecter le principe même de sa consultation et son droit à exprimer son avis mais non le contenu de cet avis. Il n'en est autrement que pour le plan de sauvegarde de l'emploi. En ce domaine, les prérogatives du comité sont plus étendues dans la mesure où sa position sur le contenu du plan peut être imposée à l'employeur. Cependant la liberté du comité en la matière n'est pas absolue puisque ce dernier se trouve lui-même limité par la loi. S'il est possible aux élus d'agir à l'encontre d'un plan qu'ils estiment insuffisant, tout ce qu'ils seront en mesure d'obtenir alors est une mise en conformité de ce dernier avec les dispositions légales et pas plus. Le comité ne pourra imposer à l'employeur davantage que ce que le code ou la jurisprudence prévoient²⁷⁹. Au-delà, il ne s'agit plus de l'exercice d'un pouvoir, mais de négociation et de persuasion.

Cette absence de liberté dans le contenu conduit à écarter la qualification de pouvoir au profit de celle de droit-fonction.

²⁷⁶ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir – essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n° 336

²⁷⁷ P. Lokiec, préc., n° 337

²⁷⁸ CA Versailles 7 mai 1997, *Dr. soc.*1997, p. 506

²⁷⁹ Car la jurisprudence a considérablement enrichi le dispositif légal, notamment sur la consistance des mesures et les bénéficiaires du plan

B. L'avis conforme du comité, véritable pouvoir

Dans quelques cas particuliers, le comité d'entreprise dispose d'un droit d'opposition, qui s'apparente à un droit de veto.

Tel est le cas lorsque l'employeur souhaite déroger à la règle de l'horaire collectif de travail et pratiquer des horaires individualisés²⁸⁰, remplacer le paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur dans les entreprises non assujetties à la négociation annuelle obligatoire²⁸¹ ou cesser d'adhérer à un service médical interentreprises²⁸². Un droit d'opposition est également prévu lorsque l'employeur souhaite refuser à un salarié un congé individuel pour participer aux activités suivantes : formation économique, sociale et syndicale²⁸³, formation économique des membres du comité²⁸⁴, formation des membres du CHSCT²⁸⁵, représentation dans un organisme traitant de l'emploi et de la formation ou participation à un jury d'examen²⁸⁶.

Ces prérogatives constituent-elle un pouvoir ?

1. Prendre une décision

En étant consulté le comité exerce une prérogative reconnue par la loi. En l'espèce, les formulations employées par le code divergent. Les articles L 3121-24 et D. 4622-30 prévoient « l'absence d'opposition du comité »²⁸⁷. Les articles L. 3142-13 et L. 3142-4 font référence, quant à eux, à « l'avis conforme du comité ». Cependant, sous ces expressions variées, le principe demeure que le

²⁸⁰ C. trav. art. L. 3122-23

²⁸¹ C. trav. art. L. 3121-24

²⁸² C. trav. art. D. 4622-30

²⁸³ C. trav. art. L. 3142-13

²⁸⁴ C. trav. art. L. 2325-44 et L. 3142-13

²⁸⁵ C. trav. art. L. 4614-14, L. 2325-44 et L. 3142-13

²⁸⁶ C. trav. art. L. 3142-4

²⁸⁷ Dans le même esprit, l'article L. 3122-23 dispose que la mesure peut être adoptée « sous réserve que le comité n'y soit pas opposé ».

comité va prendre une décision. Rendre un "avis" est, nous l'avons vu, la marque d'un choix. De même "s'opposer" implique qu'un choix a été fait et qu'une décision a été prise. La cour de cassation a même indiqué que dans l'application de l'article L. 3122-23, la dérogation à l'horaire collectif ne pouvait avoir lieu qu'avec « *l'accord* de la représentation du personnel »²⁸⁸. Or donner son accord est indiscutablement le signe qu'une décision a été prise.

2. Imposer sa volonté

La différence avec le régime de la simple consultation pour avis va résider dans la capacité à imposer ce choix à l'employeur et non plus simplement le droit à être consulté. Une telle faculté d'imposer sa volonté passe par la reconnaissance d'actions judiciaires.

a. Les actions civiles

Dans les cas où les attributions du comité sont simplement consultatives, celui-ci ne peut empêcher l'employeur de prendre une décision. Il dispose seulement de la possibilité d'en suspendre l'exécution le temps que la procédure soit régularisée. Lorsque le comité dispose d'un droit de veto et que l'employeur passe outre l'opposition du comité, ce dernier doit nécessairement disposer d'une action plus forte lui permettant d'agir en nullité à l'encontre de la décision prise par le chef d'entreprise. Il n'y a, à notre connaissance, aucun exemple jurisprudentiel d'une telle action ; néanmoins son principe ne fait aucun doute. Le comité serait donc habilité à saisir le tribunal de Grande Instance afin d'obtenir l'annulation de la décision de l'employeur.

²⁸⁸ Cass. soc. 3 juin 1998, n° 96-40309, inédit et Cass. soc. 1^{er} juillet 1997, n° 95-12000, *Bull.* V, n° 241

La recevabilité de l'action du comité n'est pas discutable car il agit dans ce cas pour défendre ses propres intérêts ²⁸⁹ et qu'il justifie d'un préjudice personnel et direct.

b. Les actions pénales

Des actions pénales sont expressément prévues par le code. Ainsi l'article R. 3143-2 dispose que « le fait de méconnaître les dispositions des articles L. 3142-13 et R. 3142-4, relatives au refus d'accorder les congés de formation économique et sociale et de formation syndicale, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la troisième classe ». De même, « le fait de méconnaître les dispositions relatives aux contreparties aux heures supplémentaires prévues par les articles L. 3121-22 à L. 3121-32, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe »²⁹⁰. La recevabilité de l'action du comité fondée sur l'article 2 du Code de procédure pénale ne devrait poser aucun problème puisqu'il serait en mesure de démontrer l'existence d'un préjudice direct²⁹¹. En tout état de cause, comme le souligne M. Cohen²⁹², « le comité d'entreprise, après délibération, ou même le secrétaire du comité à titre personnel, ont la possibilité de porter plainte par simple lettre au Procureur de la république, sans se constituer partie civile ».

²⁸⁹ En l'occurrence ses propres prérogatives. Le comité d'entreprise ne peut en revanche pas représenter en justice les intérêts de l'ensemble du personnel de l'entreprise : cf *infra* §5

²⁹⁰ C. trav. art. R. 3124-7

²⁹¹ Le comité d'entreprise est par exemple recevable à agir en justice contre son trésorier qui a détourné des fonds : Cass. crim. 10 mai 2007, n° 06-83175, inédit, Cass. crim. 6 avril 2005, n° 04-85799, inédit. En revanche, n'est pas recevable la plainte avec constitution de partie civile déposée par le comité contre l'employeur pour délit d'abus de pouvoirs ou de voix, ce délit n'étant susceptible de causer un préjudice direct qu'à l'entreprise elle-même et ne portant pas atteinte aux prérogatives légales du comité : Cass. crim. 4 novembre 1988, n° 88-83468, *Bull. crim.* n° 373. Un comité d'entreprise ne peut pas non plus se constituer partie civile lors de poursuites pénales intentées contre l'employeur pour homicide volontaire à la suite d'un accident mortel du travail, car cette infraction ne cause pas au comité un préjudice personnel et direct : Cass. crim. 28 mai 1991, n° 90-83957, *Bull. crim.* n° 226

²⁹² *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009, p. 456

Par ailleurs, une action pénale pour entrave est envisageable. Pourrait alors se poser la question de la recevabilité de l'action sur le fondement de l'entrave, alors même qu'il existe des infractions spécifiques susceptibles de donner lieu à condamnation. Ce conflit de qualification a été posé dans une affaire jugée le 6 février 1990 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation et dans laquelle un employeur était poursuivi pour avoir omis de consulter les délégués du personnel et le comité d'entreprise au sujet de la fixation de la période de congés payés ou l'ordre de départ en congé lorsque ces questions ne sont pas réglées par la convention collective applicable²⁹³. Les poursuites étaient fondées sur les articles L. 2316-1 et L. 2328-1 du Code du travail pour ce qui est de l'entrave proprement dite ainsi que sur l'article R. 3143-1 du même code qui sanctionne d'une contravention le défaut de consultation prévue à l'article L. 3141-14. Cette omission de consultation était donc incriminée par deux dispositions distinctes et était susceptible de déboucher sur un cumul d'infractions. La Cour de cassation a cependant décidé qu'une seule qualification était applicable et a retenu la contravention spécifique, s'appuyant ainsi sur le principe *specialia generalibus derogant*²⁹⁴. La solution adoptée, en faisant le choix de la peine contraventionnelle, conduit également (et c'est peut-être ce qui a guidé la chambre sociale dans sa décision) à infliger une sanction plus importante que si la voie de l'entrave avait été privilégiée. En effet le délit conduisait en l'espèce à une amende de 1500 francs, alors que la contravention permet de prononcer 280 amendes de 50 francs, en raison du nombre de salariés concernés.

²⁹³ n° 87-82316, *Bull. crim.* n° 65

²⁹⁴ A. Coeuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd., 2008

Par la suite les dispositions du nouveau Code pénal sont venues clarifier les choses. L'article 132-7 dispose en effet que par dérogation à la règle de non-cumul des peines, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou des délits en concours. Il y a donc addition de peines et non absorption. Dans le cas de contraventions en concours réel avec des délits, le juge doit prononcer, outre la peine rétribuant le ou les délits en concours, une peine spéciale pour chacune des contraventions en concours avec le ou les délits, à moins que les faits ne procèdent de la même action coupable²⁹⁵.

L'occasion s'est alors de nouveau présentée d'appliquer ces règles en droit du travail. Dans un arrêt du 14 novembre 2006²⁹⁶, à propos de faits similaires à ceux de 1990, la Chambre criminelle a cette fois décidé que l'employeur qui manque à l'obligation de consultation prévue par l'article L. 3141-13 du Code du travail peut être condamné pour délit d'entrave et ne saurait se faire un grief de ne pas avoir fait l'objet d'une sanction distincte pour une infraction de cette nature. Le dirigeant prétendait en effet dans son pourvoi que les faits qui lui étaient reprochés ne pouvaient être sanctionnés que sous la seule qualification contraventionnelle. La Cour de cassation a finalement fait le choix de la seule peine délictuelle, qui impose la sanction la plus élevée (indépendamment de la multiplication en fonction du nombre de salariés concernés). En décidant que les faits poursuivis différaient dans leurs éléments constitutifs, la haute juridiction aurait pu prononcer plusieurs peines²⁹⁷.

²⁹⁵ Cass. crim. 18 mars 1992, n° 91-82163, *Bull. crim.*, n° 119

²⁹⁶ n° 05-87554, *Bull. crim.*, n° 284

²⁹⁷ Voir par exemple Cass. crim. 11 septembre 2007, n° 06-86564, inédit, qui admet la condamnation d'un employeur à une peine d'amende délictuelle de 1 500 euros avec sursis pour manquement aux règles de sécurité du travail et à une peine d'amende contraventionnelle de 500 euros pour le délit d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique.

Dans le cas de l'avis conforme, ce n'est donc plus seulement l'exercice de la prérogative qui est opposable à l'employeur, c'est également le contenu de cette prérogative qui peut lui être imposé. L'employeur n'est alors plus le seul auteur de la décision. Le comité effectue un choix pour autrui. En ce sens, la liberté dont il dispose est plus grande et permet la qualification de pouvoir.

§3. Le droit d'informer les salariés

Le comité d'entreprise est destinataire de nombreuses informations qui lui permettent de rendre un avis éclairé lorsqu'il est consulté par l'employeur²⁹⁸. Mais il est des hypothèses où il n'a pas à proposer d'avis ou à formuler des suggestions. Dans ce cas, il faut admettre que la communication d'informations a un autre but : informer les salariés. Cette mission d'information confiée au comité d'entreprise est admise uniformément dans la doctrine²⁹⁹. En revanche, et contrairement à ce que défendent certains auteurs³⁰⁰, il ne s'agit pas d'un pouvoir, mais d'un authentique droit-fonction. Ainsi, en affichant ou diffusant le procès-verbal de ses réunions³⁰¹, le comité exerce une prérogative, dans l'intérêt des salariés qui en sont destinataires. En outre, cette diffusion n'a pas à être autorisée par l'employeur. Il est même envisageable qu'une opposition du

²⁹⁸ Cf *supra*

²⁹⁹ J. Dupuy, « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *D.* 1983, chron, p. 57 ; G. Viney, Note sous Cass. soc. 11 octobre 1972, *D.* 1973, jp, p. 344 : « Les textes qui réglementent les attributions des représentants du personnel ne laissent guère de doute quant à l'existence de ce rôle d'information » ; N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980 : « Le rôle du comité d'entreprise n'est pas seulement de représenter les intérêts des travailleurs auprès de l'employeur, mais de les renseigner sur la marche de l'entreprise » ; Ph. Suet, *Comités d'entreprise, délégués du personnel et délégués syndicaux : désignation, fonctionnement pratique*, Litec, 6^{ème} éd., 1987 : « Le but du comité d'entreprise est de permettre au personnel, par l'intermédiaire de ses représentants, d'être tenu au courant de certains éléments relatifs à l'ensemble de la marche de l'entreprise et aussi de pouvoir étudier avec l'employeur, président du comité, des problèmes pour la solution desquels il peut faire des suggestions ou émettre des avis ».

³⁰⁰ G. Viney, préc. et J. Dupuy, préc.

³⁰¹ C. trav. art. L. 2325-21

président du comité à cet affichage constitue le délit d'entrave au fonctionnement de l'institution. En revanche, et c'est en cela que la qualification de pouvoir ne peut être retenue, le comité ne dispose pas de la liberté de choisir les moyens d'agir. La loi lui dicte ce qu'il doit faire et comment le faire.

La même approche doit être retenue pour les réunions que peut organiser le comité et qui s'inscrivent également dans sa mission d'information. L'article L. 2325-13 lui permet en effet d'organiser, dans le local mis à sa disposition³⁰², des réunions, internes au personnel, portant notamment sur des problèmes d'actualité. Cette prérogative lui est reconnue dans l'intérêt des salariés, pour qui ces réunions sont organisées, et peut être opposée à l'employeur, mais la liberté du comité en la matière est très réduite. En outre, elle n'implique pas d'effectuer un choix pour autrui. Il s'agit donc également d'un droit-fonction.

§4. Le droit à être rémunéré pour l'exercice de ses fonctions

L'exercice des fonctions de représentants du personnel nécessite du temps. C'est pourquoi le législateur a permis l'utilisation d'une partie du temps de travail pour l'exercice du mandat³⁰³. Ce temps est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale³⁰⁴. Ces heures de délégation constituent une prérogative accordée aux membres du comité

³⁰² C. trav. art. L. 2325-12 : « L'employeur met à la disposition du comité d'entreprise un local aménagé et le matériel nécessaire à l'exercice de ses fonctions ».

³⁰³ C. trav. art. L. 2325-6 et suivants. Ce mécanisme existe également pour les autres représentants du personnel : art. L. 4614-3 et suivants pour les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ; art. L. 2143-13 et suivants pour les délégués syndicaux ; art. L. 2315-1 et suivants pour les délégués du personnel ;

³⁰⁴ C. trav. art. L. 2325-7

d'entreprise³⁰⁵, en ce sens qu'il s'agit bien d'un avantage attaché à leur fonction leur permettant d'exiger quelque chose. Cette prérogative peut, en outre, être opposée à l'employeur qui se rend, par exemple, coupable du délit d'entrave s'il refuse le départ en délégation des représentants ou s'il ne paie pas à l'échéance normale les heures prises³⁰⁶. Enfin, ce temps est accordé expressément pour l'exercice de leurs fonctions. Or, nous avons vu que celles-ci se pratiquaient dans l'intérêt des salariés. L'utilisation du crédit d'heure est donc une prérogative au service d'autrui. En revanche, elle n'implique aucun choix pour les salariés et ne peut donc être qualifiée de pouvoir. Il s'agit alors d'un droit-fonction³⁰⁷.

§5. La finalité des prérogatives

L'intérêt des salariés est au cœur de la mission du comité puisque l'article L. 2323-1 dispose que son objet est « d'assurer une expression collective des salariés *permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts* dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ». La loi prévoit donc assez clairement qu'il doit être tenu compte de l'intérêt des salariés. Mais quelles sont la signification exacte et la portée de cette affirmation ? La jurisprudence fournit quelques indices, un peu confus il est vrai, sur ce point.

Car la Cour de cassation pose une distinction entre *prise en compte* des intérêts des salariés et *défense* de leurs intérêts. En effet, la chambre sociale

³⁰⁵ Membres titulaires du comité et représentants syndicaux au comité

³⁰⁶ Cass. crim. 11 mai 1999, n° 98-82900, *Dr. ouvr.* 1993, p. 344

³⁰⁷ La même analyse peut être appliquée aux membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, aux délégués syndicaux et aux délégués du personnel qui disposent également d'heures de délégation

décide que « 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 »³⁰⁸. Au comité donc de *prendre en compte* les intérêts des salariés lors des décisions et délibérations ; au syndicat *d'agir pour la défense* de ceux-ci.

L'action en justice du comité est donc limitée à la défense de ses intérêts propres. Il ne peut réclamer en justice que le respect de l'obligation de consultation prévue par le code. Mais s'il a été régulièrement consulté sur une question, il n'a plus qualité pour agir à l'encontre des décisions prises à cette occasion. Lui reconnaître une telle qualité pour toute question à propos de laquelle son avis doit être recueilli, lui donnerait un moyen de peser directement sur les choix de la direction de l'entreprise par l'intermédiaire du juge³⁰⁹ et lui accorderait donc de véritables pouvoirs. La position de la Cour de cassation est cohérente en regard des dispositions légales puisque dans les domaines où le comité ne dispose que d'un avis consultatif, il ne dispose pas d'un authentique pouvoir, la possibilité d'imposer sa volonté faisant défaut³¹⁰. Pour conserver une certaine logique et une harmonie du régime, le refus de reconnaître au comité un droit général de défense des intérêts des salariés se comprend parfaitement. Celui-ci n'est d'ailleurs pas utile dans les cas où le comité dispose d'un droit de veto puisqu'il lui suffit alors d'agir au motif que les dispositions légales, prévoyant un avis conforme, n'ont pas été respectées.

Mais la solution dégagée ne fait pas l'unanimité et certains auteurs militent pour « la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise

³⁰⁸ Cass. soc. 14 mars 2007, n° 06-41647, *Dr. soc.* 2007, p. 1158 ; Voir également Cass. soc. 18 mars 1997, n° 93-43989, *Bull. V*, n° 110

³⁰⁹ M. Vericel, Commentaire sous l'arrêt du 14 mars 2007, *RJS* 5/07, n° 624

³¹⁰ Cf *supra*

aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise »³¹¹. Il faut dire que de son côté le Conseil d'Etat adopte une conception plus large de la qualité pour agir du comité d'entreprise. La juridiction administrative admet la recevabilité de l'action du comité dès lors qu'il y a « atteinte aux intérêts des salariés dont l'article L. 431-4 du code du travail lui a confié la charge, ou aux intérêts propres du comité d'entreprise »³¹². En outre, plusieurs textes de droit des affaires ou de droit du travail habilite le comité à exercer certaines voies de recours judiciaires dont l'objet est, directement ou indirectement, la défense du personnel de l'entreprise : demande de désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires³¹³, requête en vue de la désignation d'un expert en nouvelles technologies en l'absence d'accord avec l'employeur³¹⁴, demande de désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion³¹⁵, requête en récusation d'un commissaire aux comptes³¹⁶. Il faut néanmoins relever que les actions judiciaires qui sont reconnues au comité n'ont pas pour effet de contrecarrer directement les décisions de l'employeur. En matière administrative, par exemple, les recours exercés par le comité sont dirigés contre des décisions ou des actes administratifs : décision ministérielle³¹⁷, décret³¹⁸, décision de l'inspecteur du travail³¹⁹. Conférer, de manière générale, au comité la faculté de « représenter en justice les personnels de l'entreprise pour tous faits concernant la gestion d'entreprise et susceptibles d'avoir des conséquences

³¹¹ M. Vericel, *Dr. soc.* 2007, p. 1153

³¹² CE 1^{er} décembre 1993, n° 111730

³¹³ C. trav. art. L. 2323-67

³¹⁴ C. trav. art. L. 2325-38

³¹⁵ C. com. art. L. 223-37

³¹⁶ C. com. art. L. 823-6

³¹⁷ CE 3 mars 2006, n° 287960

³¹⁸ CE 22 décembre 1982, n° 34252 et 34798

³¹⁹ CE 13 mars 1992, n° 122340 et 122271

directes sur les salariés »³²⁰, conduirait à lui reconnaître la possibilité de peser indirectement sur les décisions de la direction. Il s'agirait d'un accroissement considérable des prérogatives du comité qui disposerait alors de véritables pouvoirs dans de nombreux domaines. Cette évolution permettrait bien entendu de mieux assurer la protection des salariés, mais cela représenterait aussi corrélativement une atteinte au pouvoir de l'employeur. Les évolutions législatives successives ont accordé des prérogatives de plus en plus nombreuses au comité ; il n'est néanmoins pas question d'une véritable coopération dans la gestion de l'entreprise.

Section 2 : Les fonctions du comité en matière d'activités sociales et culturelles

L'ordonnance du 2 février 1945 avait transféré au comité d'entreprise la gestion des œuvres créées antérieurement dans l'entreprise au profit du personnel, amputant le pouvoir de l'employeur sur un terrain autre que la gestion de l'entreprise. La loi du 2 août 1949 avait ensuite assuré au comité des ressources pour faire face aux dépenses afférentes à ces œuvres.

Désormais, l'article L. 2323-83 du code du travail dispose que « le comité d'entreprise assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés ou de leur famille, quel qu'en soit le mode de financement, dans des conditions déterminées en Conseil d'État ». Cet article est inséré dans la section relative aux " *attributions* en matière d'activités sociales et culturelles" du comité d'entreprise. Néanmoins, le second alinéa de l'article précise que « ce

³²⁰ M. Vericel, préc.

décret détermine notamment les conditions dans lesquelles les *pouvoirs* du comité d'entreprise peuvent être délégués [...] ».

L'utilisation du terme *pouvoir* dans ce contexte est elle significative ?

L'analyse des prérogatives du comité en la matière invite à traiter séparément la gestion de l'action sociale et culturelle de son contrôle. Ce qui les distingue est la liberté dont dispose le comité dans ses choix.

§1. Le pouvoir de gérer l'action sociale et culturelle

A. L'exercice libre d'une prérogative

Il est reconnu au comité la possibilité de revendiquer la gestion de toute activité répondant aux critères envisagés par la loi. Cette revendication est de droit et l'employeur ne peut pas refuser au comité la prise en charge d'une œuvre si celui-ci en fait la demande³²¹. Quelle que soit d'ailleurs la date de création de l'œuvre sociale, le comité peut, à tout moment, en requérir la gestion³²². Le comité a également la possibilité de créer une nouvelle activité sociale (répondant là encore aux critères légaux) dans la limite du budget qui lui est alloué³²³. Parallèlement, le comité qui a pris en charge ou qui a créé certaines activités sociales et culturelles n'est pas tenu de les maintenir³²⁴. Il est libre d'adapter l'orientation donnée à son action sociale en fonction des besoins ou des aspirations du personnel. Il peut ainsi modifier la répartition des fonds entre les activités ou décider d'une participation financière plus ou moins importante des salariés pour certaines activités.

³²¹ Cass. soc. 2 juin 1993, n° 91-13901, *Bull. V*, n° 153

³²² Cass. soc. 22 juin 1993, n° 91-17686, *Bull. V*, n° 178 ;

³²³ Cass. ch. réun. 20 mai 1965, n° 63-13144, *Bull. ch. réun.* n° 4

³²⁴ Cass. soc 24 février 1983, n° 81-14118, *Bull. V*, n° 113

Ceci est la reconnaissance d'une liberté de choix au comité : il « peut », il « a la possibilité de ». Il est donc libre de faire ou de ne pas faire et s'il choisit de faire, il est encore libre des modalités d'exécution.

Par la suite les choix du comité vont se matérialiser par des décisions.

La capacité du comité à prendre des décisions est reconnue sans ambiguïté dans la jurisprudence. La Cour de cassation reconnaît en effet que « le comité d'entreprise a la faculté de *décider*, hors toute discrimination, de l'affectation des fonds consacrés aux activités sociales et culturelles »³²⁵. Le terme *décision* a également été repris pour la création d'une nouvelle œuvre sociale³²⁶, l'adhésion à une association³²⁷ ou la répartition de la contribution patronale³²⁸. En matière de revendication, création, suppression et transformation des activités, le comité dispose donc d'un véritable pouvoir de décision.

C'est également le cas en matière de gestion du patrimoine immobilier du comité, ainsi que d'une manière plus générale, chaque fois que le comité est amené à contracter avec des tiers pour les besoins de son activité sociale et culturelle.

Ainsi, avec son budget, le comité est libre d'acquérir ou vendre tous biens meubles et immeubles pour les besoins de sa gestion. Le comité a également la possibilité de donner en location ses biens pour une utilisation quelconque.

Le comité peut également être amené à contracter avec des entreprises de services ou des fournisseurs pour l'achat de biens nécessaires à l'exercice de ses activités.

³²⁵ Cass. soc. 9 mai 1989, n° 87-15160, *Bull. V*, n° 340

³²⁶ Cass. soc. 23 mars 1982, n° 80-17098, *Bull. V*, n° 208

³²⁷ Cass. soc. 15 mai 1984, n° 82-13807, *Bull. V*, n° 196 ; Cass. soc. 21 juillet 1986, n° 85-13424, *Bull. V*, n° 386

³²⁸ Cass. soc. 27 mai 1987, n° 85-12637, *Bull. V*, n° 344

Certains auteurs ont tenté de démontrer que pesait sur le comité un devoir de gestion, ce qui aurait pour effet d'exclure la qualification de pouvoir au profit de celle de droit-fonction.

L'article R. 2323-21 alinéa 1 dispose en effet que « le comité d'entreprise assure la gestion des activités sociales et culturelles qui n'ont pas la personnalité civile, à l'exception des centres d'apprentissage et de formation professionnelle ». Le principe est donc que le comité d'entreprise assure lui-même la gestion des activités non dotées de personnalité juridique. Mais l'alinéa 2 de l'article R. 2323-21 précise que cette gestion est assurée, « soit par le comité lui-même, soit par une commission spéciale du comité, soit par des personnes désignées par le comité, soit par des organismes créés par le comité et ayant reçu une délégation ». Parmi les personnes à qui le comité peut ainsi donner délégation figure l'employeur lui-même. Le comité d'entreprise a donc la possibilité de ne pas prendre en charge certaines activités sociales ou culturelles et en confier la gestion, à titre provisoire ou de façon permanente à l'employeur³²⁹. La jurisprudence considère alors que, dans ce cas, l'employeur agit de plein droit « pour le compte du comité »³³⁰. Cela implique que le comité va en contrôler la gestion³³¹. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article R. 2323-21 du Code du travail³³².

³²⁹ Cass. soc. 15 mai 2001, n° 99-13489, *Bull. V*, n° 171 : « dès lors qu'un comité d'établissement, en application de la règle selon laquelle *il peut déléguer une partie de ses attributions en matières sociales et culturelles* [...] »

³³⁰ Cass. soc. 28 janvier 1971, n° 69-13861, *Bull. V*, n° 60 : « Le comité d'établissement ayant pris en charge les œuvres sociales en assurait légalement la gestion, en vertu de l'article 4 du décret du 2 novembre 1945 ; peu important qu'il l'ait assumée lui-même ou qu'il l'ait laissée en fait à l'entreprise, *qui ne pouvait agir que pour son compte* ».

³³¹ Cass. soc. 28 octobre 1980, n° 80-90717, *Bull. V*, n° 281 : « Un aménagement était intervenu concernant la gestion des œuvres sociales entre la direction et le comité d'entreprise, lequel *conservait néanmoins un contrôle permanent sur ladite gestion* »

³³² « Ces personnes ou organismes agissent dans la limite des attributions qui leur ont été déléguées et sont responsables devant le comité ».

Le professeur Savatier³³³ interprète cela comme l'impossibilité (voire l'interdiction) pour le comité de renoncer aux prérogatives que la loi lui attribue. Le comité serait donc titulaire d'un *devoir* de gestion car il ne pourrait laisser à l'employeur la responsabilité de la gestion des activités sociales et culturelles.

Cependant, la reconnaissance d'un devoir général de gestion est discutable dans la mesure où rien n'oblige un comité à maintenir une activité sociale existante³³⁴ et si l'employeur supprime unilatéralement une prestation qui a le caractère d'une activité sociale et culturelle, le comité *peut* en revendiquer la prise en charge³³⁵ sans que cela ne lui soit imposé. En matière de gestion, le comité dispose donc d'une grande liberté de choix.

La confusion vient de ce que le professeur Savatier déduit du devoir de contrôle un devoir général de gestion. Or, il est nécessaire de faire la distinction entre ces deux fonctions du comité d'entreprise, la liberté dont dispose l'institution dans ces domaines étant différente.

Pour la gestion des activités sociales et culturelles, le comité est libre de choisir d'agir, tout d'abord. Il n'est donc pas possible d'envisager qu'une action soit ouverte aux salariés³³⁶ pour que soit transférée au comité une activité assurée par l'employeur. Le comité est libre de choisir les moyens d'agir ensuite ; il peut sélectionner le procédé, la façon d'agir qu'il estime la plus appropriée. La liberté du comité est donc totale et cela ne peut que conduire à la reconnaissance de la qualification de pouvoir.

La solution est, en revanche, différente s'agissant du contrôle et, sur ce point, nous rejoignons le professeur Savatier dans son analyse³³⁷.

³³³ *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, éd. Liaisons, 1992

³³⁴ Cass. soc 24 février 1983, préc

³³⁵ Cass. soc. 23 juin 1993, n° 91-17686, *Bull.*, V, n° 178

³³⁶ Ou aux syndicats

³³⁷ Cf *infra*

B. L'opposabilité

Comme nous avons pu le déterminer, la faculté d'imposer sa volonté passe essentiellement par la contrainte. Cette contrainte peut prendre la forme de sanctions (ou menace de sanctions) lorsque le contradicteur refuse de se plier à la décision prise. En matière d'activités sociales et culturelles le comité va se heurter principalement à l'employeur qui peut tenter de s'interposer dans sa gestion. Si le comité dispose de réels pouvoirs en la matière, il doit être en mesure, par divers moyens, d'imposer ses choix à l'employeur. L'action pour délit d'entrave est, en pratique, la voie la plus empruntée.

1. Le délit d'entrave

Nous l'avons vu, le comité d'entreprise peut revendiquer toute activité sociale et culturelle. L'employeur ne peut pas refuser au comité la prise en charge de cette œuvre si celui-ci en fait la demande; la chambre sociale reconnaissant en effet que l'employeur « est tenu de transférer au comité les activités sociales et culturelles qu'il assurait antérieurement »³³⁸. L'opposition à cette revendication est alors constitutive du délit d'entrave³³⁹. Toute action sociale patronale concurrente à l'œuvre sociale du comité est prohibée. L'employeur ne peut donc pas, sans consulter le comité, créer une œuvre sociale. De même s'il organise une concurrence systématique de l'activité sociale du comité, il commet le délit d'entrave³⁴⁰.

³³⁸ Cass. soc. 2 juin 1993, n° 91-13901, *Bull.*, V. n° 153

³³⁹ Cass. crim 9 avril 1975, n° 74-91668, *Bull.*, *crim.* n° 87

³⁴⁰ En revanche, si l'aide apportée par l'employeur n'est qu'occasionnelle, « sans règlement préétabli ni institutionnalisation », il ne saurait y avoir violation des droits du comité. Ainsi, l'employeur pourrait consentir certains avantages sociaux au personnel, notamment dans des situations qui affectent personnellement et ponctuellement un salarié (contribution aux frais funéraires d'un membre du personnel, par exemple).

La gestion des activités sociales et culturelles, quel qu'en soit le mode, est également protégée de l'intervention de l'employeur. Ainsi pour les activités sans personnalité civile, commet le délit d'entrave le dirigeant qui gère lui-même les œuvres sociales revenant au seul comité d'établissement³⁴¹ ou qui fait assurer par une association fonctionnant sous son contrôle la gestion des activités sociales, ce qui tend ainsi à supplanter le comité³⁴².

De même, pour la gestion d'une œuvre d'entreprise constituée en société anonyme, le fait d'exiger que les représentants du comité soient actionnaires pour avoir le droit de contrôler la gestion des œuvres sociales caractérise le délit d'entrave. Doit donc être sanctionné le chef d'entreprise qui exige pour pouvoir accéder au conseil d'administration la signature d'un imprimé en blanc de transfert d'actions³⁴³.

L'autonomie et la liberté du comité passe aussi par la gestion totalement indépendante de son budget. Maintenir un certain contrôle sur ce financement et en particulier en priver le comité peut être un moyen pour l'employeur de brider les pouvoirs de l'institution³⁴⁴. C'est pourquoi le fait de ne pas verser la contribution patronale est également constitutif du délit d'entrave³⁴⁵. De même l'employeur n'est pas autorisé à exercer un contrôle *a priori* sur les besoins du comité pour verser la subvention, une demande de justificatif constitue ainsi le délit d'entrave³⁴⁶.

³⁴¹ Cass. crim. 19 décembre 1963, n° 62-92573, *Bull., crim.*, n° 369

³⁴² Cass. crim. 22 novembre 1977, n° 76-93162, *Bull., crim.*, n° 362

³⁴³ Cass. crim. 19 décembre 1963, préc.

³⁴⁴ L'employeur pourrait ainsi être tenté de pratiquer une retenue sur la subvention ou suspendre le versement de celle-ci au motif, par exemple, que le comité s'apprêterait à effectuer une dépense considérée par lui comme illicite.

³⁴⁵ Cass. crim. 7 octobre 1965, *D.* 1966, p.811 ; Cass. crim. 8 novembre 1979, *D.* 1980, IR, p.

345

³⁴⁶ CA Versailles 26 juin 1980, *Dr. ouvr.* 1980, p. 451

Enfin, sans relever à proprement parler du délit d'entrave, il est interdit à l'employeur d'exercer un quelconque pouvoir de tutelle sur la gestion par le comité de son patrimoine³⁴⁷.

Le comité d'entreprise dispose donc, avec l'action pour entrave, du moyen d'écartier l'employeur de ses décisions et d'être ainsi totalement libre de la gestion des activités sociales et culturelles.

2. Le vote de l'employeur

Si le comité d'entreprise dispose d'un monopole pour la gestion des activités sociales et culturelles, la participation de l'employeur au vote en la matière est-elle concevable ? Car cela peut constituer un moyen pour lui de contrer les décisions du comité, ce qui n'est pas acceptable³⁴⁸.

L'article L. 2325-18 alinéa 2 du Code du travail dispose que « le président du comité ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel ». Une interprétation *a contrario* de ce texte conduit à admettre le droit de vote du président dans les délibérations sur les activités sociales et culturelles du comité. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la chambre criminelle de la Cour de cassation en décidant que « le président du comité d'entreprise peut participer au vote lorsqu'il ne consulte pas les membres du comité en tant que délégation du personnel. Tel est le cas lorsque le comité est saisi d'une proposition concernant la gestion des activités

³⁴⁷ Avis CE 1^{er} août 1950, *Dr. soc.* 1951, p.675

³⁴⁸ J. Savatier suggère d'ailleurs de supprimer complètement le droit de vote du président ; *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, p. 109

sociales »³⁴⁹. La chambre sociale a, quant à elle, adopté la position inverse en considérant que «le chef d'entreprise ne peut participer au vote d'une résolution portant sur la gestion des activités sociales et culturelles, ce vote constituant une consultation des membres élus du comité, en tant que délégation du personnel »³⁵⁰. Si la solution est satisfaisante, dans la mesure où elle consacre l'autonomie du comité d'entreprise, la motivation est très discutable car l'on peut difficilement soutenir que dans ce domaine, le chef d'entreprise *consulte* le comité. Ce dernier, comme le note le professeur Savatier³⁵¹, use en la matière d'un pouvoir propre de décision et ne se borne pas à donner un avis sur une question où il serait consulté par le chef d'entreprise.

L'interdiction faite à l'employeur de participer au vote en matière sociale et culturelle renforce nécessairement la liberté du comité dans la prise de décision et conforte la reconnaissance d'un pouvoir³⁵².

C. La finalité des prérogatives

L'intérêt des salariés n'apparaît pas explicitement dans les textes relatifs aux attributions sociales du comité³⁵³. Néanmoins la Cour de cassation y a fait référence à propos du rôle du comité. Ainsi dans une décision du 11 février 1971³⁵⁴, la chambre sociale précise que « l'ordonnance du 22 février 1945 a prévu le transfert au comité d'entreprise de la gestion ou du contrôle des œuvres

³⁴⁹ Cass. crim. 4 novembre 1988, n° 87-91705, *Bull.*, V., n° 374

³⁵⁰ Cass. soc. 25 janvier 1995, n° 92-16778, *Bull.*, V, n° 38 et *Dr. soc.* 1995, p. 261, note Savatier

³⁵¹ *Préc.*, p. 104

³⁵² En tout état de cause, si le président vote néanmoins, sa voix n'est pas prépondérante. Ainsi a-t-il été jugé que commet le délit d'entrave le chef d'entreprise qui décide unilatéralement que sa voix était prépondérante lors d'un partage de voix au sein du comité : Cass. crim. 4 décembre 1977, *Bull. crim.*, n° 287

³⁵³ Les articles L.2323-83 et R. 2323-20 évoquent les actions "au bénéfice" des salariés.

³⁵⁴ Cass. soc. 11 février 1971, n° 69-12463, *Bull.* V, n° 110

sociales précédemment assurées par l'employeur, et ce dans *l'intérêt des salariés* et de leur famille ».

Mais c'est essentiellement dans la notion même d'activité sociale et culturelle que l'intérêt des salariés doit être recherché.

La loi n'a pas défini la notion d'activité sociale et culturelle. L'article R. 2323-20 du Code du travail se borne à donner une liste de ces activités. Or, d'une part cette description est souvent désuète³⁵⁵ et d'autre part cette liste n'est pas limitative. La Cour de cassation a en effet précisé que le comité d'entreprise peut créer de nouvelles œuvres sociales³⁵⁶. La jurisprudence a alors dégagé certains critères permettant de caractériser l'œuvre sociale. L'arrêt de la chambre sociale du 13 novembre 1975³⁵⁷, consacrant sur ce point la décision d'appel, a ainsi admis que « doit être considérée comme œuvre sociale toute activité *non obligatoire légalement*, quelle qu'en soit sa dénomination, la date de sa création et son mode de financement, exercée *principalement au bénéfice du personnel de l'entreprise, sans discrimination*, en vue *d'améliorer les conditions collectives de l'emploi, de travail et de vie du personnel* au sein de l'entreprise ». Quatre critères caractérisent donc l'activité sociale et culturelle. Tous ceux-ci présentent bien entendu en pratique la même importance. Cependant, dans le contexte de notre étude, nous nous intéresserons plus particulièrement à l'exigence d'un impact positif sur les conditions de travail et de vie du personnel de l'entreprise.

³⁵⁵ Référence aux jardins ouvriers, aux cours de culture générale et d'enseignement ménager.

³⁵⁶ Cass. ch. réun. 20 mai 1965, n° 63-13144, *Bull., ch. réun.* n° 4

³⁵⁷ n° 73-14848, *Bull., V*, n° 533

Pour pouvoir relever des activités sociales et culturelles, l'activité en cause doit donc viser à améliorer les conditions de vie et de travail des salariés (en priorité, selon l'article L.2323-83 du Code du travail). On entrevoit donc parfaitement en toile de fond l'intérêt des salariés. L'intérêt est ici caractérisé par la recherche de l'amélioration des conditions de vie et de travail. Quant aux salariés, ils sont présents dans la référence faite au personnel de l'entreprise.

Et cela se vérifie en pratique, la Cour de cassation y faisant expressément référence dans ses arrêts. Trois décisions sont, à ce sujet, particulièrement significatives. Ainsi, la chambre sociale considère que « la subvention versée régulièrement par l'entreprise pour le fonctionnement d'une crèche qui a été créée à son instigation *dans l'intérêt de son personnel* constitue une dépense sociale [...] »³⁵⁸. De même, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui « a relevé que l'Association était un conseiller juridique permanent et a constaté que la mission d'assistance du comité d'établissement dévolue à cette association était pratiquée *dans l'intérêt des salariés de l'entreprise* sans aucune discrimination »³⁵⁹. Enfin, lorsqu'il n'est pas établi qu'une association a été créée à l'instigation de l'entreprise ou de son comité d'entreprise et « *dans l'intérêt de son personnel* », les subventions accordées à cette association ne constituent pas des dépenses sociales³⁶⁰.

Les prérogatives accordées au comité en la matière le sont donc bien dans un intérêt distinct du sien. Cet intérêt est en l'espèce celui des salariés de l'entreprise et sert également de repère lors du choix des activités relevant du champ de compétence du comité.

³⁵⁸ Cass. soc. 9 mai 1979, n° 77-11416, *Bull.*, V, n° 389

³⁵⁹ Cass. Soc. 21 juillet 1986, n° 85-13424, *Bull.*, V, n° 386

³⁶⁰ Cass. soc. 7 mai 1993, n° 84-10914, *Bull.*, V, n° 269

La reconnaissance d'un pouvoir de gestion est donc indiscutable. En revanche, nous avons vu que le comité dispose également d'une autre prérogative, celle du contrôle de la gestion, soit qu'il a délégué la gestion directe, soit que la loi a limité son action au contrôle. Dans ce cas, le comité dispose d'un droit-fonction.

§2. Le droit de contrôler l'action sociale et culturelle

Lorsque les institutions sociales sont dotées de la personnalité juridique ou lorsque, même non dotées de la personnalité juridique, le comité décide d'en confier la gestion à un tiers, il doit exercer un contrôle sur cette gestion.

Ce faisant, il exerce bien une prérogative lui permettant de faire ou d'exiger quelque chose dans l'intérêt des salariés. Mais la liberté limitée dont il dispose conduit à écarter la qualification de pouvoir au profit de celle de droit-fonction.

A. L'exercice d'une prérogative

Pour les institutions sociales dotées de la personnalité civile, la gestion est, selon la nature de l'activité, soit mixte³⁶¹, soit simplement contrôlée³⁶².

Dans le premier cas, le comité va désigner des représentants dans les organes de l'institution personnalisée³⁶³. Ces membres, qui représentent au moins la moitié des conseils d'administration ou des organismes de direction,

³⁶¹ C. trav. art. R. 2323-22 alinéa 1

³⁶² C. trav. art. R. 2323-21 alinéa 2

³⁶³ C. trav. art. R. 2323-24

« siègent avec les mêmes droits et dans les mêmes conditions que les autres membres »³⁶⁴. Ils sont donc, à ce titre, amenés à faire des choix, à prendre des décisions.

En outre, et compte tenu du fait qu'ils disposent de la moitié des sièges, ils sont en mesure, en principe, d'empêcher la formation d'une majorité qui donnerait à l'institution sociale une orientation non approuvée par le comité d'entreprise. Par ce biais, le comité peut donc imposer sa volonté.

La situation de la gestion contrôlée prévue à l'article R. 2323-26 est différente. Il est simplement prévu que les délégués « assistent aux réunions »³⁶⁵ et « informent le comité de toutes décisions prises par les conseils ou les bureaux ainsi que de la marche générale de l'institution »³⁶⁶. Lorsque les décisions sont soumises au contrôle ou à l'approbation de l'administration, l'avis du comité doit par ailleurs être annexé³⁶⁷. Dans ce cas, la reconnaissance au profit du comité d'une réelle capacité de décider est très discutable.

Par ailleurs, dans cette hypothèse, le nombre des représentants du comité auprès des conseils d'administration (ou des commissions de contrôle) est réduit à deux. Le comité n'a donc pas la possibilité de s'opposer aux décisions des organes statutaires de l'institution contrôlée. Par ailleurs, le comité est simplement consulté et invité à donner un avis. Or, un avis n'est pas contraignant et ne lie pas l'autre partie. Enfin, la Cour de cassation a expressément décidé que « en l'absence de tout pouvoir de gestion ou de participation à la gestion, le comité n'a pas qualité pour poursuivre

³⁶⁴ C. trav. art R 2323-24

³⁶⁵ C. trav. art. R 2323-26 alinéa 4

³⁶⁶ C. trav. art. R 2323-26 *in fine*

³⁶⁷ C. trav. art. R 2323-27

judiciairement l'annulation des délibérations de l'assemblée générale et des décisions adoptées par cette assemblée »³⁶⁸.

Cependant, l'article R. 2323-27 alinéa 2 prévoit que le comité peut s'opposer à l'exécution des décisions prises relatives soit à la modification des statuts de l'institution, soit à la création d'activités nouvelles, soit à la transformation ou à la suppression d'activité existantes, lorsque ces décisions ne sont pas soumises au contrôle ou à l'approbation de l'administration (sauf recours à l'administration du travail). Par cette action, le comité peut donc peser sur les décisions prises et donc indirectement imposer ses choix.

B. La liberté du comité

Lorsque l'activité sociale en cause est dotée de la personnalité civile, le comité ne la gère pas directement, il participe à la gestion ou la contrôle. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation a pu décider que le refus de contrôler une œuvre sociale personnalisée devait être sanctionné³⁶⁹. Dans cette affaire, le comité d'entreprise s'était refusé à exercer son contrôle sur une société mutualiste d'entreprise, alors que, normalement, il se devait de désigner deux de ses représentants au conseil d'administration d'une telle société. La mutuelle n'avait pas payé les pharmaciens fournisseurs et le comité d'entreprise a été déclaré responsable en même temps qu'elle.

Cette action et la reconnaissance d'une responsabilité du comité à ce niveau sont de nature à faire peser sur le comité une *obligation de contrôle*. Le professeur Dupeyroux, dans sa note sous l'arrêt, relève d'ailleurs que « l'on substitue à un droit de contrôle une obligation de contrôle »³⁷⁰.

³⁶⁸ Cass. soc. 15 octobre 2002, n° 00-20910, *Bull. V*, n° 313

³⁶⁹ Cass. soc. 11 février 1971, n° 69-12463, *Bull. V*, n° 110

³⁷⁰ *D.* 1971, p. 375

S'il l'on ne peut qu'adhérer à la conclusion selon laquelle pèse, dans ce cas, sur le comité un devoir de contrôle, nous ne partageons pas l'opinion du professeur Dupeyroux sur l'idée de substitution. Le droit de contrôle ne disparaît pas. Bien au contraire. C'est la reconnaissance d'un devoir d'agir qui conduit à la qualification de droit-fonction. Le comité n'est pas, sur cette question, libre d'exercer ou non sa prérogative. Son action lui est dictée de manière impérative par la loi et la jurisprudence³⁷¹. Ayant perdu sa liberté, il ne dispose pas de pouvoirs mais de droits-fonctions.

Le principe posé par cette décision devrait pouvoir être généralisé à toutes les situations où le comité doit assurer le contrôle des activités sociales et notamment au cas où il délègue la gestion à un tiers³⁷².

Section 3 : Le comité employeur³⁷³

Le comité d'entreprise peut recruter, et rémunérer sur ses ressources, le personnel salarié nécessaire au fonctionnement des institutions sociales dont il assure la gestion. Il a alors la qualité d'employeur³⁷⁴ de ce personnel et doit respecter à son égard les règles de droit social³⁷⁵.

³⁷¹ Cette idée de devoir rappelle la discussion sur la nature du « pouvoir réglementaire » de l'employeur. Car si nul ne songe aujourd'hui à contester la formule, l'édition d'un règlement intérieur (manifestation la plus visible d'un pouvoir normatif de l'employeur), s'apparente davantage à un *devoir* dans la mesure où cela résulte d'une obligation légale tant sur le principe (dès que l'entreprise compte plus de 20 salariés) que sur le contenu. Puisque l'employeur ne dispose plus de la faculté de choisir librement, la qualification de pouvoir devrait être écartée.

³⁷² C. trav. art R. 2323-21

³⁷³ S. Alter, « Le personnel du comité d'entreprise », *RPDS* avril 1979, p. 111

³⁷⁴ Voir par exemple Cass.soc. 21 juin 1979, n° 78-11594, *Bull. V*, n° 574 qui précise que « à l'égard du personnel employé pour la gestion des œuvres sociales, le comité d'établissement a la qualité d'employeur avec toutes les obligations y afférentes, notamment au regard des régimes de protection sociale ».

³⁷⁵ C. trav. Art. L. 1111-1 : « Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés ».

§1. Le recrutement de salariés

Le recrutement découle soit d'une délibération du comité, soit d'une décision du secrétaire du comité agissant dans le cadre normal de ses fonctions d'administration courante³⁷⁶. Au sein des grandes structures, il existe un directeur administratif³⁷⁷ recruté sur délibération du comité. C'est alors ce directeur qui va procéder aux embauches du personnel sous le contrôle du secrétaire et du comité tout entier.

Comme tout employeur, le comité d'entreprise dispose d'une liberté totale d'embauche³⁷⁸. Le chef d'entreprise ne peut s'immiscer dans son choix et empêcher le personnel embauché de pénétrer dans l'entreprise pour exercer ses fonctions au service du comité³⁷⁹. De même, il n'a pas les moyens de s'opposer au recrutement par le comité de personnel salarié étranger à l'entreprise, même s'il avait lui-même mis du personnel à disposition du comité³⁸⁰. En revanche, le comité n'est en droit d'engager du personnel que pour assurer le fonctionnement des œuvres sociales dont il a lui-même la charge, et non pour la coordination des œuvres sociales dépendant d'autres comités, ce qui relèverait d'un comité inter-entreprise³⁸¹.

³⁷⁶ M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009

³⁷⁷ Ou « directeur salarié », ou « directeur des activités sociales »

³⁷⁸ Le conseil constitutionnel reconnaît en effet à tout chef d'entreprise le droit de choisir librement ses collaborateurs : Cons. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, *Dr. soc.* 1988, p. 762

Pour le comité d'entreprise, voir par exemple : Cass. Soc. 9 avril 1987, n° 84-42580, *Bull. V*, n° 200 qui prévoit que « selon les statuts du 18 juillet 1979, les salariés de la MGF, détachés au comité inter-entreprise, s'ils continuent à figurer sur la liste du personnel, sont choisis et recrutés par le comité... »

³⁷⁹ M. Cohen, préc. , p. 414

³⁸⁰ TGI Paris, 7 juillet 1976, *Dr. Ouvr.* 1977, 300

³⁸¹ TGI Nantes, 15 juin 1976, *Juris. Soc. UIMM*, 1985, 227

Les prérogatives dont est titulaire le comité à ce stade présentent toutes les caractéristiques d'un véritable pouvoir de direction : il est libre de choisir les salariés qu'il souhaite recruter et ses décisions s'imposent, notamment à l'employeur qui ne peut s'immiscer dans ce processus.

§2. L'exécution du contrat de travail

Le personnel embauché par le comité est sans lien de droit avec l'entreprise elle-même, il ne fait donc pas partie de son personnel. De ce fait, il ne participe pas aux élections des représentants du personnel³⁸² et ne peut bénéficier de la convention collective applicable dans l'entreprise³⁸³. Autonome, le comité va donc élire ses propres délégués du personnel (s'il remplit les conditions d'effectif) et peut avoir ses propres délégués syndicaux (sous les mêmes conditions d'effectif). Seule l'élection d'un comité d'entreprise lui est impossible.

S'agissant des salariés mis à disposition du comité par l'employeur, les conditions d'électorat et d'éligibilité sont réglées par les articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail. Pour l'élection des délégués du personnel, les salariés mis à disposition peuvent choisir s'ils souhaitent exercer leur droit de vote et de candidature dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice, sous réserve qu'ils puissent justifier d'une présence de douze mois continus pour être électeurs et de vingt-quatre mois continus pour être éligible. Par ailleurs, les salariés mis à disposition pourront exercer leur droit de vote à

³⁸² Cass. soc. 28 octobre 1949, *Bull.*, V, n° 975

³⁸³ Cass. soc. 22 mai 1964, n° 63-40104, *Bull.* V, n° 416 ; Cass. soc. 13 janvier 1965, n° 63-40582, *Bull.* V, n° 24

l'occasion de l'élection des représentants au comité d'entreprise³⁸⁴ s'ils justifient d'une présence de douze mois continus dans l'entreprise utilisatrice.

Pour l'exécution du contrat de travail de ses salariés, le comité d'entreprise dispose des moyens reconnus ou accordés à tout employeur. A ce titre il est donc tout d'abord titulaire d'un pouvoir normatif car s'il emploie vingt salariés ou plus, le comité d'entreprise doit avoir un règlement intérieur pour ce personnel en application des articles L. 1311-1 et L. 1311-2 du code du travail³⁸⁵. Le comité va donc édicter des règles qui s'imposent à ses salariés.

Le comité dispose également d'un pouvoir disciplinaire sur ces salariés. Ainsi, il peut infliger une mise à pied en cas de manquement par l'un d'eux à ses obligations professionnelles. Cependant, compte tenu de son organisation interne, le comité est tenu de prévoir dans son règlement intérieur les modalités d'exercice du pouvoir disciplinaire. A défaut, seule une délégation spéciale, donnée par le comité d'entreprise, est en mesure d'habiliter une personne en vue de l'exercice de ce pouvoir à l'égard de ses salariés³⁸⁶.

Enfin et de manière générale, le comité est titulaire du pouvoir de direction. C'est lui qui « dans le cadre de ses attributions procure du travail à ses salariés et les rémunère sur son budget »³⁸⁷. De même, les salariés détachés à un comité inter-entreprise sont placés sous la subordination hiérarchique du responsable des activités sociales du comité et leur rémunération est fixée par le comité³⁸⁸. En outre, même si la question n'a, à notre connaissance, pas été

³⁸⁴ De l'entreprise qui les emploie nécessairement puisque le comité d'entreprise ne peut avoir de comité d'entreprise.

³⁸⁵ Selon M. Cohen, le comité peut, le cas échéant, inclure ce règlement intérieur sur l'emploi de son personnel dans le règlement intérieur sur son fonctionnement visé à l'article L. 2325-2.

³⁸⁶ Cass. soc. 12 avril 2006, n° 04-47737, *Bull. V*, n° 255

³⁸⁷ Cass. soc. 21 juin 1979, préc.

³⁸⁸ Cass. soc. 9 avril 1987, préc.

soulevée en jurisprudence, le comité d'entreprise doit disposer, pour l'exercice de son pouvoir de direction, de la faculté de procéder à des changements dans les conditions de travail de ses salariés. En revanche, à propos de la modification du contrat de travail d'un salarié du comité d'entreprise, la Cour d'appel de Paris a rendu le 22 février 2000³⁸⁹ une décision fort contestable. A la question de savoir si l'employeur pouvait, en tant que membre et président du comité, participer au vote décidant de la modification du contrat de travail d'une salariée du comité, la juridiction parisienne a répondu par l'affirmative. Cette solution ne peut être que condamnée³⁹⁰. Tout ce qui concerne les salariés du comité doit par principe échapper à l'employeur.

Au stade de l'exécution du contrat, le comité dispose également d'authentiques pouvoirs, identiques à ceux que peut détenir tout employeur. Ceci résulte de sa totale autonomie par rapport à l'entreprise. Le comité est seul à décider des rémunérations de ses salariés, de leurs conditions de travail, du règlement intérieur. Là encore, l'entreprise ne peut intervenir dans ces choix. Ainsi, et alors même que les ressources du comité proviennent essentiellement de l'entreprise, cette dernière ne saurait s'immiscer dans la fixation des rémunérations des salariés du comité.

§3. La rupture du contrat de travail

Le comité d'entreprise peut être amené pour diverses raisons à réduire son effectif³⁹¹.

³⁸⁹ *D.* 2001, jp, p. 1206

³⁹⁰ Voir en ce sens F. Petit dans sa note sous l'arrêt en question, *D.* 2001, jp, p. 1206

³⁹¹ M. Cohen cite à titre d'exemple la diminution des ressources du comité due à la réduction des effectifs de l'entreprise.

Comme à toutes les autres étapes de la relation de travail, il dispose, à cette occasion, d'authentiques pouvoirs, identiques à ceux d'un autre employeur.

Le comité d'entreprise est ainsi libre de choisir de garder ou de se séparer de son personnel tout d'abord, et de choisir les moyens d'agir ensuite. Ainsi, et comme nous l'avons déjà exposé à propos du licenciement économique³⁹², le juge ne peut contrôler le choix effectué par l'employeur. Sa liberté est intacte, son pouvoir également.

Bien entendu, le pouvoir ne pourra s'exercer que dans la limite du respect des dispositions légales et avec certaines spécificités tenant au statut du comité.

Ainsi, les règles sur le changement d'employeur, le licenciement, la démission ou les autres modes de rupture sont applicables au personnel du comité. Il en est ainsi notamment de l'article L. 1132-1 du Code du travail qui prohibe toute discrimination ou des textes réglementant la procédure de licenciement.

En outre, et comme pour la procédure de recrutement, le licenciement d'un salarié du comité ne pourra être effectué que par une personne habilitée à le représenter. Celui qui exerce ce pouvoir doit donc être en mesure de justifier d'une délégation spéciale donnée par le comité d'entreprise³⁹³.

Enfin, les conséquences de la rupture peuvent présenter des particularités. Ainsi, les salariés mis à la disposition du comité par l'entreprise seront retransférés dans cette dernière³⁹⁴.

En définitive, si des aménagements peuvent exister sur les modalités de la rupture, le principe demeure que le comité reste seul maître de l'opportunité de

³⁹² Arrêt SAT du 8 décembre 2000, n° 97-44219

³⁹³ Cass. soc. 12 juillet 2006, n° 04-47737, *Bull. V*, n° 255

³⁹⁴ Cass. soc. 9 avril 1987, préc

la rupture et qu'il ne sera soumis qu'au contrôle *a posteriori* des juridictions prud'homales, comme tout employeur³⁹⁵. Il dispose donc d'authentiques pouvoirs.

De manière assez paradoxale, les domaines où ont été accordés de réels pouvoirs au comité d'entreprise, ne sont pas ceux qui présentent le plus d'intérêt dans la gestion de l'entreprise. Il était souhaité faire de l'institution autre chose qu'un organisateur de fêtes de Noël et pourtant, en limitant, pour l'essentiel, ses pouvoirs aux questions sociales et culturelles, c'est bien dans ce rôle qu'il est malheureusement cantonné.

³⁹⁵ Comme tout employeur, le comité qui prononce un licenciement doit se prévaloir d'une cause réelle et sérieuse, respecter la procédure, etc.

Chapitre II : Les fonctions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

La loi du 23 décembre 1982 a regroupé les compétences du comité d'hygiène et de sécurité et de la commission de l'amélioration des conditions de travail au sein du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. La commission d'amélioration des conditions de travail était une commission spécialisée du comité d'entreprise rendue obligatoire dans les entreprises de plus de trois cents salariés par la loi du 27 décembre 1973. Le comité d'hygiène et de sécurité avait une origine plus ancienne³⁹⁶. À la différence de ceux du comité d'entreprise et des délégués du personnel, son régime, cependant, ne résultait pas de dispositions légales mais seulement de dispositions réglementaires. De ce constat il a pu être déduit que « le rôle dévolu au comité d'hygiène et de sécurité n'apportait pas de restrictions véritables aux prérogatives du chef d'entreprise ou d'établissement »³⁹⁷. La loi de 1982 a fait du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail une véritable institution représentative. Pour autant, il n'est pas certain que de véritables pouvoirs lui aient été attribués³⁹⁸.

³⁹⁶ Décret du 1^{er} août 1947

³⁹⁷ G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001

³⁹⁸ L'article L. 4611-7 du Code du travail dispose que « les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables concernant le fonctionnement, la composition ou *les pouvoirs* des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui résultent d'accords collectifs ou d'usage. » L'utilisation du terme "pouvoir" est-elle significative ?

La mission du comité est « de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ; de contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ; et de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières »³⁹⁹. L'action de l'institution se divise donc en deux fonctions principales : la prévention (Section 1) et le contrôle (Section 2).

Section 1 : Les fonctions de conseil et de prévention

Ces missions correspondent aux deux premiers points énoncés dans l'article L. 4612-1 du Code du travail. Afin d'être en mesure de les remplir efficacement, le comité devra tout d'abord être correctement informé.

§1. Le droit à l'information

L'information du comité prend essentiellement la forme de la communication de documents écrits. Mais il peut également recourir à des experts et déclencher une procédure d'alerte.

A. Les informations générales

L'article L. 4614-9 du Code du travail dispose que le comité reçoit de l'employeur les informations qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions. Les articles L. 4711-1, L. 4711-2 et L. 4711-4 prévoient que les

³⁹⁹ C. trav. art. L. 4612-1

attestations, consignes, résultats et rapports mis à sa charge au titre de l'hygiène et de la sécurité au travail doivent être transmis au comité, ainsi que les observations et mises en demeure éventuellement formulées en ces matières par l'inspecteur du travail ou le médecin du travail. Enfin, il est imposé au chef d'entreprise de présenter au comité, au moins une fois par an, deux documents à caractère synthétique tels que le bilan de la situation générale en matière d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail⁴⁰⁰.

En outre, une multitude de dispositions particulières, essentiellement réglementaires, organisent expressément telle ou telle obligation d'information⁴⁰¹.

L'obligation d'information est certes un devoir pour l'employeur⁴⁰², mais elle n'est cependant pas le produit d'un pouvoir détenu par le comité. En la matière, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est seulement destinataire de renseignements, il ne prend aucune décision, ne procède à aucun choix libre. Il exerce une prérogative accordée par la loi et protégée par elle lui permettant d'obtenir de l'employeur des renseignements dans l'intérêt des salariés. Il s'agit donc d'un droit-fonction.

⁴⁰⁰ C. trav. art. L. 4612-16

⁴⁰¹ C. trav. art. R. 4121-4, R. 4412-38, R. 4412-43, R. 4412-64, R. 4412-86, R. 4412-80, R. 4412-92, R. 4412-97, R. 4412-109, R. 4425-4, R. 4453-18, R. 4456-17, R. 4444-4, R. 4433-4, R. 4222-17, R. 4223-11, R. 4323-5, R. 4323-20, R. 4323-105, D. 4624-39, R. 4624-8, R. 4624-7, R. 4511-11, R. 4514-1, R. 4514-2, L. 4523-9, R. 4614-5, L. 1321-5, R. 4412-91, R. 4425-2, R. 4453-34

⁴⁰² Et sa non réalisation peut être constitutive du délit d'entrave. Voir par exemple Cass. crim. 27 septembre 1995, n° 92-81941, inédit ; Cass. crim 17 janvier 1995, n° 94-80192, inédit ; Cass. crim. 14 novembre 2006, n° 05-87554, *Bull. crim.*, n° 284 ; Cass. crim. 30 mai 1989, *Dr. ouvr.* 1990, p. 283

B. Le droit à l'expertise

Estimant que les informations données par le chef d'entreprise ou d'établissement ne suffiraient pas toujours à éclairer le comité, le législateur a accordé à tout comité le droit de faire appel à des experts.

L'article L. 4612-8-1 du Code du travail dispose ainsi que « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut faire appel à titre consultatif et occasionnel au concours de toute personne de l'établissement qui lui paraîtrait qualifiée ». Il peut s'agir du médecin du travail, de l'ingénieur de sécurité ou de toute personne⁴⁰³ n'ayant pas de compétence particulière en hygiène et sécurité mais « dont la qualification lui permet de mieux comprendre certaines décisions ou orientations de l'entreprise susceptibles d'avoir un impact sur les conditions de travail »⁴⁰⁴. Le choix du comité est fait selon les conditions de l'article L. 4614-2 et s'impose à l'employeur qui est alors tenu, lorsqu'il s'agit d'un salarié, de mettre à disposition la personne dont l'institution souhaite le concours. Juridiquement cette mise à disposition devrait s'analyser en un prêt de main d'œuvre gratuit au profit du comité⁴⁰⁵. Dans ce régime, le salarié intéressé demeure sous la subordination de l'employeur tout en étant affecté temporairement à l'exécution de tâches au profit du comité.

Ce type d'assistance ne constitue pas réellement un pouvoir reconnu au comité. Certes, ce dernier est en mesure d'imposer sa décision de recourir à une aide à l'employeur et particulièrement lorsqu'il s'agit d'un salarié de l'entreprise. On imagine très bien qu'un refus puisse caractériser le délit

⁴⁰³ Et pas nécessairement un salarié puisque la loi ne l'impose pas.

⁴⁰⁴ J-B. Cotin, *Le CHSCT, portrait d'une institution représentative du personnel*, Lamy, 2007, n° 289

⁴⁰⁵ Cette opération est licite dans la mesure où elle ne contrevient pas aux dispositions de l'article L. 8241-1 : « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite ».

d'entrave au fonctionnement du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Dans cette hypothèse cependant, demeure la question de la subordination. Car si le salarié en question est mis à disposition du comité, il demeure soumis à l'autorité de l'employeur. Le comité n'exerce donc aucun pouvoir sur lui. Il ne peut alors pas le contraindre ou le sanctionner si celui-ci refuse d'exécuter sa mission par exemple. Il nous semble que c'est alors à l'employeur d'user de son pouvoir pour que le salarié exécute ses tâches. Néanmoins, cette question présente un intérêt essentiellement théorique. Il est fort peu probable qu'un salarié choisi par le comité pour lui apporter son aide et ses conseils oppose un refus ou de la mauvaise volonté. En pratique le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail devra plus vraisemblablement lutter contre l'opposition de l'employeur, notamment lorsqu'il s'agit de détacher un des salariés de l'entreprise.

De manière plus significative, le comité peut se faire aider d'un expert agréé par le ministère du travail ou de l'agriculture, étranger à l'entreprise⁴⁰⁶. Cette possibilité est ouverte « lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident de travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement » ou « en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ». Par ailleurs, un expert en risques technologiques peut être consulté⁴⁰⁷.

1. Le choix de recours à l'expert

En énonçant que « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut avoir recours à un expert agréé », l'article L. 4614-12 du Code du

⁴⁰⁶ C. trav. art. L. 4614-12

⁴⁰⁷ C. trav. art. L. 4523-5

travail reconnaît que l'institution dispose d'une prérogative lui permettant de faire quelque chose. L'exercice de cette prérogative, lorsqu'il se fera en faveur de l'expertise, se matérialisera par un choix⁴⁰⁸.

A l'instar du débat concernant le comité d'entreprise, le vocabulaire employé pour qualifier ce choix importe peu. Ainsi, dans un arrêt du 12 janvier 1999, la Cour de cassation a indiqué que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail avait « *décidé*, par une *résolution* du 26 mai 1994, de recourir à une expertise »⁴⁰⁹. Par ailleurs, l'article L. 4614-2 du Code du travail prévoit que les décisions et les résolutions du comité sont adoptées selon la même procédure. La distinction est donc sans intérêt en pratique.

Quant aux modalités de prise de décision, le choix de recourir à un expert pour cause de risque grave ne s'inscrit pas impérativement dans un processus consultatif, même s'il intervient nécessairement à l'occasion d'une réunion du comité. En revanche, l'hypothèse d'un projet important suppose que le choix soit fait au moment où le comité est consulté en application de l'article L. 4612-8.

2. L'opposabilité à l'employeur

Aucun accord n'est requis avec l'employeur pour le recours à l'expertise. Par ailleurs, comme pour le comité d'entreprise, le président ne devrait pas participer au vote sur cette question. La loi est claire, l'employeur n'intervient à aucun moment du processus.

L'article L. 4614-13 du Code lui réserve certes la possibilité de contester la mesure adoptée, mais cela n'est pas de nature à remettre en cause les

⁴⁰⁸ Fait selon les modalités de l'article L. 4614-2 du Code du travail

⁴⁰⁹ n° 97-12794, *Bull. V*, n° 19; voir également Cass. soc. 14 février 2001, n° 98-21438, *Bull. V*, n° 54 et Cass. soc. 3 avril 2001, n° 99-14002, *Bull. V*, n° 121

prérogatives du comité. Dans ce cas, c'est le président du Tribunal de grande instance, statuant en référé, qui se prononcera sur la validité du recours à l'expertise au regard des critères posés par la loi⁴¹⁰ : existence d'un risque grave⁴¹¹ ou d'un projet important⁴¹², motivation suffisante de la délibération du comité, agrément de l'expert voire honoraires de l'expert s'ils sont manifestement surévalués⁴¹³.

Cette faculté de contestation de la mesure a parfois fait l'objet de critiques. Certains auteurs ont ainsi exposé que la perspective d'une action contentieuse ne favorisait pas la recherche d'un accord entre le comité et l'employeur⁴¹⁴. D'autres considèrent la décision du comité comme souveraine et donc insusceptible d'une remise en cause⁴¹⁵. Pourtant la légitimité d'une telle action est incontestable si l'on tient compte, notamment, du fait que le coût de l'expertise sera supporté par l'employeur⁴¹⁶. De la même façon que le contrôle judiciaire exercé sur les pouvoirs de ce dernier n'affecte pas l'existence de ses prérogatives, la faculté de contestation offerte à l'occasion du recours à l'expertise ne porte pas atteinte à celles-ci.

⁴¹⁰ Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-13826, *Bull.*, V., n° 211 : « La nécessité de l'expertise relève du pouvoir souverain des juges du fond ».

⁴¹¹ Cass. soc. 3 avril 2001, n° 99-14002, *Bull.*, V., n° 121

⁴¹² Cass. soc. 24 octobre 2000, n° 98-18240, *Bull.*, V., n° 345

⁴¹³ Cass. soc. 26 juin 2001, n° 99-18249, *Bull.*, V., n° 231

⁴¹⁴ « Evoquant le consensus de l'expertise, M. Jacques Mossion a estimé que le recours devant le président du tribunal de grande instance était une procédure trop lourde ; le ministre a répondu que pour encourager l'accord il convenait de ne pas faire en sorte que le recours soit trop commode », Rapport Sénat 1982, n° 69

⁴¹⁵ J. Grinsnir, « Les nouvelles dispositions relatives aux CHSCT », *Dr. ouvr.* 1992, p. 170 : « On se demande où est la justification d'une "limitation de souveraineté" tranchant avec le droit commun des institutions représentatives du personnel, alors qu'il suffit, pour éviter d'éventuels excès, de se situer sur le terrain classique de l'abus de droit ».

D. Boulmier, note, *Dr. ouvr.* 2000, p. 57 : « Il est amusant de constater que dans le même temps où l'employeur invoque des coûts déraisonnables auxquels conduiraient les expertises, il en engage d'autres dans des procédures dont l'objectif avoué est d'affaiblir les institutions représentatives qui entendent participer à des informations-consultations en tant qu'acteurs et non en tant que spectateurs. Si l'abus de recours à l'expertise peut être retenu à l'encontre d'un CHSCT, espérons que le juge n'hésitera pas à retenir l'abus lorsqu'il constatera que la saisine de l'employeur est le résultat d'un réflexe pavlovien, réflexe méritant à l'évidence une ferme éradication ».

⁴¹⁶ C. trav. art. L. 4614-13

Par la suite, l'employeur ne peut s'opposer à l'entrée de l'expert dans l'établissement et doit lui fournir les informations nécessaires à l'exercice de sa mission⁴¹⁷.

En la matière, le comité dispose d'une certaine liberté. Cependant, l'expertise s'inscrit uniquement dans l'objectif qui est d'assurer à l'institution une information claire et complète. Il n'est pas question de permettre au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'intervenir dans la gestion et le fonctionnement de l'entreprise.

Pourtant, en pratique, l'utilisation de la procédure d'expertise peut être un moyen de peser sur les décisions de l'employeur. Tel est le cas lors d'un « projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L. 4612-8 »⁴¹⁸. Dans cette hypothèse, le comité est obligatoirement consulté avant toute décision de l'employeur. A cette occasion, lorsqu'il prendra connaissance du projet en question, il pourra juger nécessaire de se faire assister d'un expert. Cette désignation aura alors pour effet de suspendre le processus décisionnel du chef d'entreprise, puisque le comité refusera de se prononcer tant que l'avis de l'expert n'aura pas été rendu. Il est même possible d'imaginer que cette suspension soit l'effet recherché par la décision de recours à l'expertise. Evidemment, il ne s'agit que d'une interruption de la procédure, qui reprendra son cours après le dépôt de son rapport par l'expert, et qui se clôturera par l'avis du comité sur le projet. Or cet avis, ne lie pas l'employeur. Néanmoins, cette faculté reconnue au comité « concerne une situation directement liée au pouvoir de gestion de l'employeur, et ce en amont

⁴¹⁷ C. trav. art. L. 4614-13

⁴¹⁸ C. trav. art. L. 4614-12

des décisions »⁴¹⁹. Il s'agit donc d'un outil permettant d'intervenir dans le processus décisionnel⁴²⁰. Mais il ne permet pas de partager la prise de décision, qui reste du seul ressort de l'employeur.

§2. Le droit d'exprimer un avis

Le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail a pour mission principale de conseiller l'employeur dans les domaines relevant de sa compétence. Cela se traduit par une consultation obligatoire de l'institution sur ces questions.

Le Code du travail prévoit une obligation générale de consultation dans son article L. 4612-12 à propos de tous les documents se rattachant à la mission du comité, notamment le règlement intérieur. Les dispositions légales ou réglementaires prévoient parfois expressément que les documents transmis au comité ou tenus à sa disposition font l'objet d'une consultation, à l'instar, par exemple du rapport ainsi que du programme annuel de prévention⁴²¹. Surtout, l'article L. 4612-12 dispose que tout document soumis à l'information du comité (c'est-à-dire tout document se rapportant à sa mission) doit également faire l'objet d'une consultation. Il a pu être relevé, à cet égard « une coïncidence quasiment parfaite entre le domaine de l'information et de consultation, dès lors que l'information est matérialisée par un document »⁴²².

Outre la consultation sur des documents proprement dits, l'avis de l'institution est requis avant « toute décision d'aménagement important modifiant les

⁴¹⁹ J. Grisnir, préc.

⁴²⁰ Voir également *infra*

⁴²¹ C. trav. art. L. 4612-17

⁴²² J-B. Cotin, préc. n° 185

conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail »⁴²³, sur « tout projet d'introduction de nouvelle technologie »⁴²⁴, sur « le plan d'adaptation établi lors de la mise en œuvre de mutations technologiques importantes »⁴²⁵, sur les mesures prises en vue des travailleurs handicapés⁴²⁶, sur « toute question de sa compétence dont il est saisi par l'employeur, le comité d'entreprise et les délégués du personnel »⁴²⁷ ainsi que préalablement à la mise en place d'un système de substitution à la conservation des bulletins de paie et autres registres⁴²⁸.

A. Le choix

Lorsque le comité est "consulté", il est indiscutable que l'on attend de lui qu'il rende un "avis". Or un avis est une prérogative exercée, un choix exprimé. Certains auteurs distinguent encore décisions et résolutions⁴²⁹. Les "décisions" concerneraient les modalités de fonctionnement et l'organisation des travaux du comité (recours à un expert, action en justice, etc.) alors que les "résolutions" permettraient d'émettre un avis lorsque le chef d'établissement a l'obligation de le consulter, de formuler des propositions en matière de prévention, ou encore d'exprimer des vœux ou des souhaits. Cette distinction, déjà discutable à propos du comité d'entreprise, ne présente aucun intérêt dans le cas du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail car, comme nous l'avons déjà

⁴²³ C. trav. art. L. 4612-8 ; d'autres dispositions réglementaires prévoient également que l'avis du comité doit être recueilli avant certaines décisions entrant dans son champ de compétence et ce, indifféremment de l'importance de la mesure : modification des conditions de recyclage de l'air (C. trav. art. R. 4222-17), détermination des mesures de protection des salariés contre le froid et les intempéries (C. trav. art. R. 4223-15), aménagement particulier des vestiaires, douches et lavabos (C. trav. art. R. 4228-18), mise à disposition d'un local de restauration (C. trav. art. R. 4228-22)

⁴²⁴ C. trav. art. L. 4612-9

⁴²⁵ C. trav. art. L. 4612-10

⁴²⁶ C. trav. art. L. 4612-11

⁴²⁷ C. trav. art. L. 4612-13

⁴²⁸ C. trav. art. L. 4612-14

⁴²⁹ J-B. Cotin, préc, n° 265

indiqué, l'article L. 4614-2 ne fait aucune différence dans les modalités de délibération. La seule application pratique pourrait se situer au niveau de la participation du président au vote. Il en serait exclu en cas de résolution (car il consulte alors le comité en tant qu'institution représentative du personnel) ; en revanche, il serait susceptible de participer au scrutin s'il s'agit d'une décision. Mais cette approche est aussi exposée à la critique dans la mesure où par ses "décisions" le comité est souvent amené à envisager l'expertise ou l'action en justice. Or, dans ces deux hypothèses, la participation du chef d'établissement peut être discutée puisque ces deux mesures seront généralement dirigées contre la direction. Par ailleurs, soulignons encore que la différence terminologique importe peu pour notre étude. Qu'il y ait "décision", "résolution" ou "avis", le produit de la consultation résulte d'un choix en toute indépendance.

Cependant, la reconnaissance de la possibilité de choisir n'est pas suffisante en soi à caractériser l'existence d'un pouvoir.

B. L'opposabilité

A l'instar du comité d'entreprise, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut agir au titre de l'entrave lorsque le chef d'établissement ne recueille pas son avis⁴³⁰.

Sur le terrain civil, le défaut de consultation autorise le juge à suspendre le projet litigieux⁴³¹. Jugé, par exemple, que n'a pas été consulté le comité qui refuse de se prononcer et décide de recourir à une mesure d'expertise. Dès lors, l'employeur ne peut poursuivre la procédure sans que l'institution se soit déterminée, celle-ci « ayant en toute légalité décidé de suspendre son avis

⁴³⁰ Voir par exemple : Cass. crim. 14 octobre 2003, n° 03-81366, *Bull. crim.*, n° 190 ; Cass. crim. 25 février 2003, n° 02-82293, *Bull. crim.*, n° 53 ; Cass. crim. 9 mai 2001, n° 00-82030, inédit ; Cass. crim. 15 mars 1994, n° 93-82109, *Bull. crim.*, n° 100

⁴³¹ Cass. soc. 12 juillet 2005, n° 03-10633, *JCP S* 2005, n° 1264 ; également : TGI Rouen, 6 juin 1996, *Dr. ouvr.* 1997, p. 24

jusqu'au rapport d'expertise »⁴³². Admettre le contraire reviendrait « à considérer non écrites les dispositions du Code du travail relatives à la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et à la faculté de celui-ci de recourir à une expertise »⁴³³.

Enfin, la Cour de cassation a pu décider que l'obligation de recueillir l'avis préalable du comité d'entreprise ou des délégués du personnel sur le règlement intérieur doit être considérée comme une formalité substantielle dont l'inobservation prive d'effet ledit règlement⁴³⁴. Cette solution peut être étendue à la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, pour les dispositions qui le concernent.

Mais ces procédures n'ont pour objet et pour effet que de faire respecter le principe même de la consultation. Cela ne permet en aucun cas au comité d'imposer son choix à l'employeur qui reste seul maître de ses décisions⁴³⁵.

Ainsi, par exemple, lorsque le comité se limite à émettre un avis sur les questions d'hygiène et de sécurité au sujet du règlement intérieur, il ne lui est pas reconnu le pouvoir d'adresser directement des recommandations ou des directives au personnel de l'entreprise ou de l'établissement. La Cour d'appel de Paris, dans une décision du 20 décembre 1989⁴³⁶a en effet précisé que « le CHSCT est un organisme non de direction ou de décision mais de concertation, chargé, le cas échéant après enquête et expertise, d'émettre des avis et de

⁴³² TGI Dijon, 30 septembre 1999, *Dr. ouvr.* 2000, p. 57

⁴³³ TGI Dijon, préc.

⁴³⁴ Cass. soc. 4 juin 1969, *Bull. V*, n° 367. Les dispositions du règlement intérieur peuvent néanmoins être invoquées par les salariés, puisque la consultation des représentants du personnel est une formalité protectrice de l'intérêt des salariés.

⁴³⁵ Cela permettra tout au plus au comité de « tenter d'influer sur les décisions de l'employeur », D. Boulmier, note sous TGI Dijon, préc.

⁴³⁶ *JCP E*, 1990, II, 15889, n° 13

formuler des propositions destinées à informer le chef d'entreprise et à guider l'action de celui-ci » ; il n'entre pas dans les attributions du comité « de communiquer directement avec le personnel en lui adressant des directives ». Comme le relève le professeur Teyssié, « le CHSCT n'a dans sa circonscription électorale qu'un seul interlocuteur : le chef d'entreprise ou d'établissement. Il ne doit adresser qu'à lui suggestions, conseils, recommandations, directives,... S'il se heurte à un refus, il ne lui appartient pas de s'adresser directement au personnel pour lui demander de suivre ses suggestions, recommandations, etc. »⁴³⁷. Admettre le contraire reviendrait à confier au comité une fraction du pouvoir de direction dont l'employeur est investi ; partage de pouvoir qui emporterait alors partage de responsabilité. Or cette possibilité, débattue au moment de l'adoption de la loi de 1982, a été explicitement écartée par le législateur. Le pouvoir de décision devait être laissé au seul employeur et nul ne souhaitait vraiment qu'une partie des responsabilités incombant au chef d'entreprise dans le domaine de la prévention des risques soit transféré au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail⁴³⁸. La volonté de la loi est claire, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est dépourvu de pouvoir normateur.

La consultation pour avis constitue donc un droit-fonction au service des salariés.

⁴³⁷ B. Teyssié, *JCP E*, 1990, II, 15889, n° 13

⁴³⁸ Un débat identique a également eu lieu au début des années 80 sur le règlement intérieur. L'exemple de certaines législations étrangères montrait qu'il était possible de substituer un acte négocié à l'acte réglementaire de l'employeur. Cependant, les organisations patronales ne souhaitaient pas ce changement et les organisations syndicales préféraient ne pas participer à l'élaboration des règles de discipline. A ce sujet, voir J. Pélissier, « Le règlement intérieur et les notes de service », *Dr. soc.* 1982, p. 75

C. L'articulation des procédures de consultation avec le processus décisionnel

Bien que cette exigence ne soit pas systématiquement rappelée par les textes⁴³⁹, la consultation du comité doit intervenir antérieurement à la prise de décision de l'employeur. A défaut, le principe de la consultation serait vidé de son sens. Cependant, exceptionnellement, l'avis du comité peut être recueilli postérieurement à l'application de la décision patronale. Ainsi, l'article L. 1321-5 du Code du travail dispose que lorsque l'urgence le justifie, les mesures de protection relatives à la santé et à la sécurité sont susceptibles de recevoir application sur le champ. Dans ce cas ces mesures doivent immédiatement et simultanément être communiquées aux secrétaires du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et du comité d'entreprise ainsi qu'à l'inspection du travail. Une telle dérogation au principe de l'antériorité de la consultation conduit forcément à réduire l'influence du comité sur les décisions de l'employeur.

En outre, lorsque le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont amenés à donner concurremment un avis à l'occasion d'une consultation, se pose la question de l'articulation des deux procédures. Il semble logique que le comité d'entreprise doive être consulté après le comité d'hygiène⁴⁴⁰. En effet, ce dernier disposant d'une compétence spécialisée, son avis doit permettre d'éclairer celui du comité d'entreprise qui conserve une compétence plus générale. Ce « principe de spécialité »⁴⁴¹ résulte

⁴³⁹ L'article L. 4612-8 du Code du travail dispose que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté *avant* toute décision d'aménagement important et l'article L. 4612-14 prévoit que le comité est consulté *préalablement* à la mise en place d'un support de substitution [...]

⁴⁴⁰ P. Bouaziz, « Les temps de la saisine pour avis du comité », *Dr. ouvr.*, 1995 p. 48

⁴⁴¹ J-B. Cotin, préc. n° 209

notamment de l'article L. 2323-27 qui dispose que le comité d'entreprise « bénéficie du concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de sa compétence. Les avis de ce comité lui sont transmis »⁴⁴². En outre, l'article L. 2323-28 précise que « le comité d'entreprise peut confier au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail le soin de procéder à des études portant sur des matières de sa compétence. » Or cette saisine va différer le moment où le comité d'entreprise sera valablement informé avant de se prononcer sur une question dont il est saisi par l'employeur⁴⁴³.

Cette analyse de la chronologie des consultations est confirmée par la position de l'administration qui considère, à propos de l'adoption du règlement intérieur, que « comme le comité d'entreprise ou les délégués du personnel conservent une compétence plus générale, il convient de consulter d'abord le CHSCT »⁴⁴⁴.

L'objet du principe de spécialité est de donner un effet utile à la consultation du comité d'entreprise⁴⁴⁵, mais il n'est pas de nature à renforcer les pouvoirs de ces institutions dans le processus décisionnel.

⁴⁴² Voir également l'article L. 4612-17 qui précise que « l'employeur transmet pour information le rapport et le programme annuels au comité d'entreprise accompagnés de l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ».

⁴⁴³ Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-12990, *Bull. V*, n° 210

⁴⁴⁴ Circ. DRT n° 5-83 du 15 mars 1983

⁴⁴⁵ Dans ce cas, une consultation qui se déroulerait selon une chronologie inadéquate pourrait porter préjudice aux institutions en cause. La consultation du CHSCT perdrait tout intérêt si le comité d'entreprise s'est déjà prononcé ; et la consultation du comité d'entreprise serait moins efficace sans l'avis préalable du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Une action sur le fondement de l'entrave à l'exercice des fonctions de ces deux institutions serait alors envisageable.

§3. Le droit d'analyser et de proposer

Dans le cadre de sa mission de prévention⁴⁴⁶, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail «procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail. Il procède également à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposées les femmes enceintes.» Ces analyses vont essentiellement consister en pratique en « une collecte des informations détenues par les travailleurs eux-mêmes sur les problèmes rencontrés dans l'exécution de leur tâche »⁴⁴⁷.

Mais se pose nécessairement la question de l'importance et de l'impact de cette mission, dans la mesure où l'employeur est également tenu, de son côté, à une évaluation des risques professionnels⁴⁴⁸. Les conditions de la coordination de la démarche de l'employeur avec celle des représentants ne sont d'ailleurs pas parfaitement élucidées⁴⁴⁹. En fait, il semblerait que ce soit l'employeur le véritable débiteur de cette obligation et que ce dernier dispose « de deux sources – l'une issue de sa propre évaluation des risques et l'autre résultant de l'analyse des risques effectuée par le CHSCT - lui permettant de concevoir des actions de prévention, dans le cadre du dialogue social »⁴⁵⁰.

En ce domaine, donc, le comité ne dispose d'aucun pouvoir puisque, d'une part, la mission d'analyse des risques se limite à une collecte et une étude de données et qu'il n'y a aucune décision de prise et, d'autre part, l'employeur se livre de

⁴⁴⁶ « L'axe essentiel des missions du CHSCT est la prévention des risques professionnels », Rapport AN Fraysse-Cazalis, n° 823, p.20

⁴⁴⁷ M. Babin, *Le risque professionnel – Etude critique*, Thèse, Nantes, 2003

⁴⁴⁸ C. trav. art. L. 4121-3

⁴⁴⁹ La circulaire DRT n° 6 du 18 avril 2002 énonce que l'analyse du CHSCT est une source d'informations utiles à l'analyse des risques réalisée par l'employeur, ce qui sous-entend qu'elle la précède. (circulaire, p. 5) Mais l'administration précise par ailleurs que la mise à disposition du document d'évaluation des risques établi par l'employeur s'inscrit dans l'exercice par le CHSCT de son droit à obtenir les informations nécessaires à l'exercice de ses missions, et notamment l'analyse des risques professionnels. (circulaire, p.6)

⁴⁵⁰ Circulaire DRT préc. p. 10

son côté à la même évaluation. En définitive, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est associé à cette mission qui incombe au premier chef à l'employeur⁴⁵¹.

Cela étant, l'analyse des risques n'a de sens que si des conséquences en sont tirées pour la prévention. Et dans ce domaine, le comité dispose de prérogatives particulières. L'article L. 4612-3 du Code du travail lui confie la tâche de « contribuer à la promotion de la prévention des risques professionnels dans l'établissement et susciter toute initiative qu'il estime utile dans cette perspective. Il peut proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral et du harcèlement sexuel ».

La suite donnée à ces propositions limite incontestablement l'influence du comité. L'article L. 4612-3 prévoit en effet *in fine* que « le refus de l'employeur est motivé ». Cette faculté de refus souligne, comme il a pu être noté, que « pas plus qu'il n'existe en aucune matière d'avis conforme du CHSCT, l'employeur n'est pas non plus juridiquement tenu par les propositions du comité »⁴⁵². Cependant, deux précisions s'imposent. Tout d'abord, le refus des propositions du comité devra être expliqué et justifié, ce qui tend à limiter une opposition sans fondement objectif. D'autre part, la responsabilité civile ou pénale du chef d'entreprise pourra être d'autant plus facilement reconnue que celui-ci aura sciemment refusé des mesures pertinentes permettant de diminuer les risques.

⁴⁵¹ Pour renforcer l'efficacité des dispositions légales, le professeur Moreau suggère que « se développent des accords de méthode conclus entre l'employeur et le CHSCT, prévoyant une procédure de collaboration pour procéder à l'évaluation des risques et à la mise en place du plan de prévention, dans laquelle le CHSCT puisse bénéficier de l'appui d'un expert, éventuellement choisi d'un commun accord ». , *Dr. soc.* 2002, p. 817

⁴⁵² J-B. Cotin, préc. n° 165

Néanmoins, la nature même de la prérogative ne s'en trouve pas modifiée. Le comité n'a en la matière aucun pouvoir de décision⁴⁵³, il n'a qu'un droit de proposition, c'est-à-dire un droit-fonction.

Section 2 : La fonction de contrôle

Selon l'article L. 4612-1 le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a notamment pour mission de « veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières. » Le législateur lui a accordé plusieurs moyens d'accomplir celle-ci.

§1. Le droit d'inspecter

L'article L. 4612-4 du Code du travail prévoit que « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail procède, à intervalles réguliers, à des inspections. » Le Code lui offre également la faculté d'effectuer de telles inspections à l'occasion de l'intervention d'une entreprise extérieure⁴⁵⁴. Cette prérogative s'inscrit dans la logique d'un contrôle qui vise à s'assurer du respect par l'employeur de ses obligations légales dans les matières relevant de la compétence du comité, notamment les consignes concernant l'hygiène et la sécurité.

Le comité s'acquittera le plus souvent de cette mission *in situ*, puisqu'il s'agit essentiellement de vérifications matérielles. Mais l'inspection lui permet

⁴⁵³ J. Auroux, *JO AN*, séance du 22 septembre 1982

⁴⁵⁴ En cas d'intervention d'une entreprise extérieure, une inspection préalable est organisée (C. trav. art. R. 4512-2) à laquelle peuvent participer les membres des comités de l'entreprise utilisatrice et des entreprises extérieures (C. trav. art. R. 4514-3). Par ailleurs les CHSCT peuvent déclencher, sur demande motivée, des réunions et inspections de contrôle (C. trav. art. R 4514-4).

également d'être mieux informé des situations de travail en vue d'analyser les risques professionnels et de proposer l'amélioration des conditions d'activité à cet égard. Bien que le Code du travail ne contienne pas de dispositions expresses relatives aux déplacements et à la circulation comme pour les autres représentants du personnel⁴⁵⁵, les membres du comité disposent en ce but d'une liberté de mouvement au sein de l'entreprise. L'article L. 4614-9 prévoit en effet que l'employeur doit leur fournir les moyens nécessaires aux déplacements imposés par les enquêtes et les inspections.

L'impact réel de ces démarches est très limité. Lorsqu'ils constatent un manquement aux règles de sécurité par un salarié, les membres du comité ne peuvent qu'effectuer une mise en garde de l'intéressé et avertir l'employeur⁴⁵⁶. De même qu'ils ne disposent d'aucun pouvoir normateur⁴⁵⁷, il ne peuvent exercer aucun pouvoir disciplinaire sur les salariés. Quant à la méconnaissance des règles d'hygiène et de sécurité par l'employeur, elle pourra au mieux, être discutée lors de la réunion suivante du comité et faire l'objet de propositions de la part de l'institution⁴⁵⁸; mais aucune action contraignante ne lui est accordée.

La loi lui reconnaît donc la possibilité d'exercer une prérogative, à laquelle l'employeur ne peut s'opposer. Mais la limitation de l'effet de cette prérogative et de la liberté dont dispose le comité dans sa mise en œuvre conduit à la qualification de droit-fonction.

⁴⁵⁵ Voir par exemple l'article L. 2315-5 pour les délégués du personnel.

⁴⁵⁶ Par un compte-rendu présenté à la réunion suivante du comité.

⁴⁵⁷ Cf *supra*

⁴⁵⁸ Cf *supra*

§2. Le droit d'enquêter

Le comité est habilité à effectuer des enquêtes lorsqu'un salarié de l'entreprise ou de l'établissement est victime d'un accident de travail ainsi que d'une maladie professionnelle ou à caractère professionnel⁴⁵⁹. Il appartient à l'employeur d'informer l'institution des accidents qui présentent le caractère de gravité suffisant pour justifier l'ouverture d'une telle procédure⁴⁶⁰.

L'enquête doit permettre au comité de faire des propositions afin de prévenir le renouvellement des causes ayant entraîné la survenance de l'accident⁴⁶¹. Il s'agit donc d'analyser, à partir d'un recueil des faits, les dysfonctionnements qui ont pu se produire et de « reconstruire l'enchaînement logique des multiples causes constitutives du mécanisme de l'accident en partant du résultat final »⁴⁶².

L'objet de l'enquête n'est pas de déterminer d'éventuelles responsabilités juridiques. Tel n'est pas le sens de la mission du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Cependant les conclusions de l'enquête pourront servir de fondement en vue de caractériser une faute⁴⁶³.

⁴⁵⁹ C. trav. art. L. 4612-5

⁴⁶⁰ « Le législateur a entendu conférer au fonctionnement du comité la plus grande souplesse possible [...] c'est pourquoi il n'a pas imposé que le comité soit informé immédiatement de tous les accidents ou maladies survenus, dont la gravité peut être extrêmement variable ; [...] il est toutefois clair que le chef d'établissement doit avertir le comité dans les plus brefs délais de la survenance de tout accident susceptible de donner lieu à enquête, le défaut d'information, ou son retard, pouvant le cas échéant être constitutif du délit d'entrave ». Rép. min. n° 52621, *JO AN*, 19 novembre 1984, p. 5056

⁴⁶¹ CA Chambéry, 12 février 1991, *Dr. ouvr.* 1991, p. 131

⁴⁶² J-B. Cotin, préc. n° 223

⁴⁶³ Voir par exemple Cass. crim. 13 mai 1997, n° 95-85171, inédit : « Attendu que, pour le déclarer coupable de ces chefs, l'arrêt attaqué, après avoir rappelé les causes de la rupture du câble telles qu'elles résultent du rapport d'enquête du comité d'hygiène et de sécurité, retient que ces constatations "établissent des déficiences relevant d'un défaut de surveillance et d'entretien du matériel, qui caractérisent une négligence du responsable de l'établissement dûment alerté" ; [...] Attendu qu'en l'état de ces motifs, les juges, qui n'étaient pas tenus de répondre à des conclusions inopérantes, ont caractérisé la faute personnelle du prévenu ».

Egalement Cass. soc. 22 novembre 2001, n° 99-17259, inédit : « Mais attendu qu'appréciant la valeur probante des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, et notamment [...] l'analyse des faits effectuée par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, la cour d'appel a constaté que la fixation du portique était défectueuse, que les piles de couronnes étaient trop éloignées, que le palan n'était pas équipé d'un limiteur d'effort, que

Sur cette question également, la liberté du comité est amputée. Il dispose certes de la faculté d'exercer sa prérogative et d'en imposer l'exercice à l'employeur mais cela ne va pas au-delà. L'enquête est donc un droit-fonction.

§3. Le droit d'alerte

Si un représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail constate, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un autre salarié (par exemple à la suite d'un abandon de poste), qu'il existe une cause de danger grave et imminent, il doit en informer immédiatement l'employeur ou son représentant⁴⁶⁴ qui doit alors procéder à une enquête⁴⁶⁵.

L'alerte est déclenchée lorsqu'il « *existe* une cause de danger grave et imminent ». Il semble bien que la loi impose au comité plus de rigueur et de précision qu'au salarié lors de l'exercice de son droit de retrait car ce dernier peut quitter son poste lorsqu'il a « un motif raisonnable de penser que la situation présente un danger grave et imminent »⁴⁶⁶. Pour les membres du comité, la seule apparence du danger n'est pas suffisante, « il est fait en quelque sorte appel à leur expertise »⁴⁶⁷. La décision de déclencher l'alerte doit donc être prise prudemment, d'autant que la procédure qui lui est attachée est assez lourde.

les pièces à soulever étaient trop longues, et que M. Y... qui manipulait le portique se trouvait pour la première fois à ce poste sans avoir reçu une formation adéquate ; que ces constatations établissant que l'accident avait trouvé sa cause déterminante dans l'organisation défectueuse du poste de travail, et que l'employeur n'avait pas pu ne pas avoir conscience du danger encouru par ses salariés, la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur avait commis une faute inexcusable ».

⁴⁶⁴ C. trav. art. L. 4131-2

⁴⁶⁵ C. trav. art. L. 4132-2

⁴⁶⁶ C. trav. art. L. 4131-1

⁴⁶⁷ J-B. Cotin, préc. n° 266 qui indique que « c'est d'ailleurs l'un des intérêts du filtre de leur intervention avant que ne soient déclenchées des procédures qui s'imposent à l'employeur ».

L'avis du comité est consigné par écrit dans un registre spécial⁴⁶⁸ et mentionne le ou les postes concernés, la nature du danger et de sa cause ainsi que le nom du ou des salariés exposés. La portée de cet avis est importante puisque le bénéfice de la reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur est de droit pour le salarié ou les salariés qui seraient victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'un membre du comité avait signalé le risque qui s'est matérialisé⁴⁶⁹. L'alerte donnée est donc un moyen très efficace d'obliger l'employeur à réagir en prenant les mesures qui s'imposent pour que le risque soit écarté, à défaut desquelles il engagerait sa responsabilité.

Par ailleurs, l'engagement de la procédure d'alerte contraint l'employeur à procéder immédiatement à une enquête avec le membre du comité qui lui a signalé le danger et à prendre les dispositions nécessaires afin d'y remédier. La conduite d'une enquête est impérative pour l'employeur et son refus serait manifestement constitutif du délit d'entrave.⁴⁷⁰

En revanche, des désaccords peuvent intervenir entre le représentant du personnel et l'employeur sur les mesures à mettre en œuvre. Dans ce cas, si des divergences apparaissent sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, notamment par arrêt de travail, de la machine ou de l'installation, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est réuni d'urgence⁴⁷¹. La réunion peut ne pas suffire à concilier les différents acteurs sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution. Dans ce cas, à défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du comité, l'inspecteur du travail est saisi par

⁴⁶⁸ C. trav. art. D. 4132-1 et D. 4132-2

⁴⁶⁹ C. trav. art. L. 4131-4

⁴⁷⁰ En plus de constituer un fondement à la reconnaissance d'une faute inexcusable comme vu précédemment.

⁴⁷¹ C. trav. art. L. 4132-3. L'inspecteur du travail et l'agent du service de prévention de la caisse régionale d'assurance maladie, régulièrement informés, peuvent assister à cette réunion.

l'employeur⁴⁷² et va mettre en œuvre soit une procédure de mise en demeure⁴⁷³, soit une procédure de référé⁴⁷⁴.

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dispose donc des moyens de contraindre l'employeur à réagir. Cependant, les mesures décidées par l'inspecteur du travail ou le juge des référés peuvent ne pas aller dans le sens des décisions qu'il a prises et au contraire conforter les choix de l'employeur. La procédure d'alerte permet ainsi au comité de pallier l'inaction de l'employeur mais pas de lui imposer ses propres choix sur les mesures à prendre en cas de danger. Ceci est confirmé par les dispositions de l'article L. 4132-5 qui prévoit que « l'employeur prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave et imminent, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail ». L'emploi du présent de l'indicatif marque le caractère obligatoire de la mesure. La réunion imposée du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et la divergence de point de vue entre l'institution et l'employeur n'empêchent donc pas ce dernier de prendre les mesures qu'il estime utiles.

La collaboration avec l'employeur qui instaure un partage de l'appréciation de la situation et des mesures à prendre laisse néanmoins intact le pouvoir de décision de l'employeur. Il n'a pas été reconnu au comité le pouvoir de provoquer l'interruption des travaux en cas de danger. Ce droit avait été évoqué lors de l'adoption de la loi de 1982 relative aux comités d'hygiène, de

⁴⁷² C. trav. art. L 4132-4

⁴⁷³ C. trav. art. L. 4721-1

⁴⁷⁴ C. trav. art. L 4732-1 et L. 4732-2

sécurité et des conditions de travail. Il constituait d'ailleurs la soixante et unième des cent-dix propositions du candidat François Mitterrand à l'élection présidentielle de 1981⁴⁷⁵. Le gouvernement s'y est finalement opposé, essentiellement pour des raisons de responsabilité⁴⁷⁶. Cette solution n'ayant pas été retenue, seul l'employeur, ou son représentant, est qualifié pour décider des actions à mettre en œuvre⁴⁷⁷.

L'action du comité se limite par conséquent à donner l'alerte sur un danger. Si certains auteurs qualifient cette prérogative de "pouvoir d'alerte"⁴⁷⁸, nous préférons l'expression "droit d'alerte", d'ailleurs utilisée par le Code du travail.

Section 3 : La finalité des prérogatives

Rappelons que la mission du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est notamment de « contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure »⁴⁷⁹. Il exerce donc effectivement ses attributions dans un intérêt distinct du sien, celui des salariés⁴⁸⁰. La loi limite cependant la sphère de compétence du comité au personnel de l'établissement. En incluant les salariés mis à disposition, le Code

⁴⁷⁵ « Le comité d'hygiène et de sécurité aura le pouvoir d'arrêter un atelier ou un chantier pour raisons de sécurité. »

⁴⁷⁶ Lui accorder semblable prérogative aurait eu pour résultat de lui transférer une partie des responsabilités qui incombent au chef d'entreprise ; le comité risquant d'être poursuivi en cas d'accident pour n'avoir pas fait cesser le travail. Voir *infra* deuxième partie.

⁴⁷⁷ Une action contraire des représentants du personnel peut justifier une sanction. Voir *Infra* deuxième partie.

⁴⁷⁸ J-B. Cotin, préc. n° 228

⁴⁷⁹ C. trav. art. L. 4612-1

⁴⁸⁰ Le Professeur Teyssié le relève expressément dans son analyse relative à la loi du 23 décembre 1982, *JCP* 1984, I, n° 3129

du travail retient comme critère celui de la présence physique au sein de cette sphère. Dans ce cas, le fait qu'un employé d'une société ait été mis à la disposition d'une autre entreprise n'autorise pas les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de la première à se rendre sur le site de la seconde, dès lors que seul le comité de cette dernière a mission de contribuer à la protection de l'hygiène et de la sécurité des personnes mises à sa disposition par une entreprise extérieure⁴⁸¹. De même, n'entre pas dans le champ de cette mission le déplacement d'un membre du comité au sein d'une entreprise sous-traitante à l'égard de laquelle seules ses instances propres de représentation du personnel sont compétentes⁴⁸². Ces solutions sont cohérentes au regard des règles de mise en place⁴⁸³ et de composition du comité⁴⁸⁴. Le comité exerce sa compétence à l'égard de « tous ceux qui effectuent un travail dans des conditions globalement définies par autrui »⁴⁸⁵.

Les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail agissent ainsi dans l'intérêt des salariés de l'établissement. Mais la question se pose de savoir jusqu'où peut aller cette prise en compte dans l'action de l'institution. La jurisprudence a en effet reconnu la personnalité civile au comité. La Cour de cassation, dans sa décision du 17 avril 1991⁴⁸⁶, a en effet décidé que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par la suite d'être juridiquement

⁴⁸¹ Cass. crim. 17 janvier 1995, n° 94-18092, inédit

⁴⁸² Cass. soc. 1^{er} avril 1992, n° 88-44530, inédit

⁴⁸³ C. trav. art. L 4611-1 : « Un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est constitué dans tout établissement de cinquante salariés ou plus ».

⁴⁸⁴ Tout salarié dès lors qu'il travaille dans l'établissement peut être désigné membre du CHSCT.

⁴⁸⁵ M. Babin, préc.

⁴⁸⁶ n° 89-17993 ; 89-43767 ; 89-43770, *Bull. V*, 206

reconnus et protégés ; [...] les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail et sont dotés, dans ce but, d'une possibilité d'expression collective *pour la défense des intérêts dont ils ont la charge* ». Les comités pourraient semble t-il *défendre* les intérêts des salariés. Mais la chambre sociale est venue par la suite préciser et limiter la portée de cette affirmation en décidant qu'ils « ne sont en droit de se constituer partie civile qu'à la condition de justifier de la possibilité de justifier d'un préjudice direct et personnel découlant des infractions poursuivies, comme l'exige l'article 2 du Code de procédure pénale. Tel n'est pas le cas en présence de délits d'homicides et de blessures involontaires subis par des tiers à cet organisme »⁴⁸⁷.

Une telle solution pourrait être comparée à celle retenue pour le comité d'entreprise qui se voit appliquer les mêmes règles⁴⁸⁸. Néanmoins les missions du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne sont pas identiques⁴⁸⁹. Les solutions devraient être, de ce fait, différentes. L'objet du comité d'entreprise est de faire entendre la voix des salariés dans les décisions de gestion de l'entreprise alors que celui du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est de participer à la prévention et à la protection de la santé et de la sécurité des salariés. Or, l'action civile du comité d'hygiène en cas d'exposition de ces derniers à un risque s'inscrit dans le droit fil de sa mission. En l'état actuel des textes, la loi confie au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail la charge de veiller à

⁴⁸⁷ Cass. crim. 11 octobre 2005, n° 05-82414, *Bull. V*, n° 254

⁴⁸⁸ Cf *supra*.

⁴⁸⁹ Même si, en pratique, certaines de leurs prérogatives sont semblables ; la consultation pour avis notamment.

l'observation des lois et règlements dans l'entreprise sans lui donner les moyens de poursuivre effectivement les manquements.

La solution dégagée aurait pu s'expliquer en raison, justement, de la mission du comité. Ce dernier étant chargé de participer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés, ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail, si un accident survient dans l'entreprise le comité n'aurait-il pas lui-même une part de responsabilité ? Ce raisonnement a été semble-t-il celui suivi par le juge d'instruction dans l'affaire précitée. Celui-ci indiquait effectivement que l'éventuelle responsabilité du comité dans la réalisation du dommage ne le plaçait pas du côté des victimes possibles mais de celui des auteurs possibles, et que la constitution de partie civile n'est pas envisageable pour les auteurs éventuels d'une infraction.

Cependant, compte tenu de tout ce que nous avons pu préciser quant aux prérogatives du comité, une telle analyse ne peut convaincre. On sait que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne dispose d'aucun pouvoir normateur, d'aucun pouvoir de contrainte et que, tout au plus, il peut émettre des avis et formuler des propositions. Ces moyens limités ne peuvent être de nature à engager sa responsabilité. C'est d'ailleurs rappelons-le ce que souhaitent expressément les parlementaires lors de l'adoption de la loi les concernant : qu'ils ne puissent être considérés comme responsables. En conséquence leurs pouvoirs ont été considérablement réduits.

La solution de la Cour de cassation⁴⁹⁰ est donc parfaitement cohérente avec les moyens qui ont été accordés au comité. Si lui avaient été attribués d'authentiques pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, la loi lui aurait

⁴⁹⁰ Qui ne reprend pas l'argumentation sur une possible responsabilité du comité

peut-être permis de se constituer partie civile pour défendre les intérêts des salariés de l'établissement⁴⁹¹. Mais corrélativement, il aurait pu être lui aussi poursuivi. Le choix a donc été fait de privilégier la sécurité de l'institution au détriment de son efficacité.

Les sujets qui relèvent de la compétence du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail revêtent, pour l'entreprise et ses salariés, une importance toute particulière. Cependant, le législateur, plutôt que de reconnaître à ce dernier d'authentiques pouvoirs, a préféré lui attribuer de simples droits, essentiellement en raison des problèmes de responsabilité que cela aurait pu soulever.

Le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail exercent leurs fonctions dans l'intérêt collectif des salariés qu'ils représentent et sont amenés à prendre part à la gestion de l'entreprise. Dans ces conditions, la reconnaissance d'authentiques pouvoirs aurait été parfaitement justifiée. Et pourtant, le législateur ne leur a pas réellement donné les moyens de réaliser les objectifs qui leur ont été fixés.

⁴⁹¹ Comme le souligne le Professeur Duquesne, il s'agirait dans ce cas d'alléguer un préjudice indirect, « dont la prise en compte nécessite l'intervention du législateur afin que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dispose de l'ensemble des prérogatives et des moyens qu'implique l'exercice de sa mission dans l'entreprise », préc., p. 47

Titre II : Les fonctions exercées dans un intérêt collectif ou individuel

Les institutions qui expriment, dans leur exercice, un intérêt individuel ou un intérêt à la fois collectif et individuel sont des institutions elles-mêmes individuelles et dépourvues de la personnalité civile.

Il s'agit du délégué syndical et du délégué du personnel. Le premier agit au nom du syndicat qu'il représente et, par là même, également pour la défense de l'intérêt collectif de tous les salariés de l'entreprise. Le second a, quant à lui, essentiellement pour mission de présenter des réclamations⁴⁹². Il intervient pour le compte de tel ou tel salarié sur demande expresse de celui-ci.

Ces institutions présentent moins d'unité que les institutions collégiales étudiées précédemment. En plus de défendre des intérêts différents, les modalités d'accès aux fonctions ne sont pas les mêmes. Alors que les délégués syndicaux sont nommés (Chapitre I), les délégués du personnel sont élus (Chapitre II).

⁴⁹² C. trav. art. L. 2313-1

Chapitre I : Les institutions nommées⁴⁹³

Organes de représentation juridiquement extérieurs à l'entreprise mais y déployant une part substantielle de leur activité, les syndicats ont voulu disposer en son sein de relais officiels. Cette revendication a été accueillie par le protocole de Grenelle et la loi du 27 décembre 1968⁴⁹⁴, instituant section syndicale et délégués syndicaux. L'exercice du droit syndical est désormais reconnu au cœur de toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier, de la liberté individuelle du travail⁴⁹⁵. La situation du syndicat au sein de l'entreprise a été affermie et consolidée par la loi du 28 octobre 1982⁴⁹⁶. Tout récemment, la loi du 20 août 2008⁴⁹⁷ a créé une nouvelle institution : le représentant de la section syndicale⁴⁹⁸. Nul ne saurait donc contester la place importante occupée par les syndicats dans l'entreprise⁴⁹⁹. Il ne s'agit pas d'une simple « présence syndicale »⁵⁰⁰ car les représentants du groupement professionnel sont investis de

⁴⁹³ Pour le représentant syndical au comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2324-2), se référer aux développements concernant cette institution. Pour le représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, voir les analyses relatives à cette organisation ainsi que P-Y. Verkindt, « Le représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *Dr. soc.* 2009, p. 181

⁴⁹⁴ Loi n° 68-1179 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise

⁴⁹⁵ C. trav. art. L. 2141-4

⁴⁹⁶ Loi n° 82-915 relative au développement des institutions représentatives du personnel

⁴⁹⁷ Loi n° 2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

⁴⁹⁸ C. trav. art. L 2142-1-1

⁴⁹⁹ L'extension du champ d'action des délégués syndicaux pose d'ailleurs des problèmes de répartition des compétences avec les délégués du personnel ; cf *infra*

⁵⁰⁰ J-M Verdier, « La présence syndicale dans l'entreprise et la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 1983, p. 37

droits et de fonctions. Ces attributs peuvent-ils être rattachés à l'exercice d'un authentique pouvoir ? C'est ce que nous allons tenter de démontrer.

Dans la mesure où le représentant de la section syndicale bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs⁵⁰¹, il nous semble plus opportun, afin d'éviter une étude trop descriptive et déséquilibrée, de procéder par une analyse successive des différentes missions des représentants du syndicat dans l'entreprise, sans plus de distinction. Celles-ci ne sont d'ailleurs pas décrites avec précision par le Code du travail qui se contente d'indiquer, au détour d'un article relatif aux conditions d'effectifs à remplir pour la désignation d'un délégué syndical, que celui-ci représente son syndicat auprès de l'employeur⁵⁰². Aucune section, aucun paragraphe n'est consacré à ses prérogatives, comme cela peut être le cas pour les autres représentants du personnel. Ainsi, c'est dans d'autres dispositions du code, ou de manière indirecte, qu'il convient de rechercher quelle est la mission du délégué syndical et du représentant de la section syndicale.

Section 1 : La fonction de négociation

L'article L. 2142-1-1 du Code du travail exclut expressément le représentant de la section syndicale de la négociation collective⁵⁰³. Les développements qui suivent ne concerneront, par conséquent, que le seul délégué syndical⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ C. trav. art. L. 2142-1-1

⁵⁰² C. trav. art. L 2143-3

⁵⁰³ Possibilité qui lui est toutefois conférée lorsque les conditions dérogatoires prévues à l'article L. 2143-23 sont réunies : absence de délégué syndical et désignation du représentant par un syndicat affilié à une organisation représentative.

⁵⁰⁴ Ou ceux qui se voient attribuer ce rôle en l'absence de délégué syndical.

Cette capacité de négocier et conclure des accords collectifs n'est d'ailleurs pas explicitement attribuée aux délégués syndicaux par le Code. C'est en analysant et associant plusieurs articles que cette mission se dégage. Cependant, si cela peut apparaître comme la mission la plus importante des représentants du personnel, car ils participent ainsi, à première vue, à égalité avec l'employeur à l'élaboration du statut professionnel des salariés, nous allons voir que cette prérogative ne peut être qualifiée de pouvoir et ce pour plusieurs raisons.

§1. La nature juridique du lien unissant le délégué syndical à son groupement professionnel.

A. *Le mandat*

Le droit à la négociation collective est accordé par la loi aux salariés eux-mêmes. Ce principe résulte de l'article L. 2221-1 du Code du travail⁵⁰⁵ et trouve sa source dans le préambule de notre Constitution qui affirme que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ». Les salariés sont donc titulaires du droit à la négociation mais ne l'exercent pas directement. Madame M-L. Morin, dans une étude consacrée à la négociation collective⁵⁰⁶, a proposé une distinction, issue du droit procédural, entre l'intérêt à agir, qui permet de définir qui est titulaire du droit d'action et la qualité pour agir, qui est une question de "pouvoir" de l'agent qui agit. Ainsi le droit à la négociation est une prérogative dont les collectivités de salariés sont titulaires parce qu'elles ont un intérêt

⁵⁰⁵ Principe instauré par la loi du 13 juillet 1971.

⁵⁰⁶ « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p. 24

collectif à négocier avec leur(s) employeur(s) les normes qui leur seront applicables. C'est également un droit que les syndicats représentatifs ont qualité à mettre en œuvre parce qu'ils ont pour mission de représenter cet intérêt. Il ne faut néanmoins pas s'arrêter à ce stade du raisonnement. Car ce droit, qui appartient aux salariés et qui est mis en œuvre par les syndicats, va être exercé en pratique par les délégués syndicaux.

La convention ou l'accord est conclu entre d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives et d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs⁵⁰⁷.

Pour engager valablement les organisations syndicales, la convention doit être signée par des personnes physiques habilitées à les représenter. Aux termes de l'article L. 2231-2, la représentation des syndicats de salariés est organisée en vertu : soit d'une stipulation statutaire⁵⁰⁸, soit d'une délibération spéciale de l'organisation⁵⁰⁹, soit de mandats spéciaux écrits et individuels émanant des adhérents de l'organisation. A défaut d'habilitation, la convention est nulle.

Cette procédure ne concerne cependant pas tous les niveaux de la négociation. Dans l'entreprise, la convention ou les accords sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives à ce niveau⁵¹⁰. Dans ce cas, la délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations comprend le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux⁵¹¹. On s'est alors demandé si la capacité de conclure une convention collective est

⁵⁰⁷ C. trav. art. L. 2231-1

⁵⁰⁸ Clause des statuts du syndicat ou du groupement donnant pouvoir général à tel ou tel organe.

⁵⁰⁹ Vote d'une assemblée.

⁵¹⁰ C. trav. art. L. 2232-16

⁵¹¹ C. trav. art. L. 2232-17

reconnue à tous les membres de la délégation syndicale, au seul délégué syndical ou à un représentant répondant aux conditions de l'article L.2231-2 du Code du travail. Il est acquis que le délégué syndical, membre de la délégation, est de plein droit habilité à participer à la négociation. Mais une telle habilitation à négocier fonde-t-elle sa capacité à mener la discussion à son terme ? A cette question, la Cour de cassation a répondu sans ambiguïté que « le délégué syndical désigné en vertu de l'article L 412-11 (art. L. 2143-3 nouveau) du Code du travail pour représenter son organisation syndicale auprès du chef d'entreprise est, par cette désignation, investi de plein droit du pouvoir de négocier et de conclure un accord d'entreprise ». ⁵¹²

Dans cette affaire, le délégué syndical central du Syndicat National de la Banque et du Crédit au crédit Lyonnais avait signé avec le chef d'entreprise, le 3 février 1987, un accord portant sur l'aménagement du temps de travail. Or, le même jour, à 13h30, le bureau du syndicat avait interdit au délégué syndical de signer le projet. Toutefois, le groupement, désireux d'échapper aux effets de l'accord, ne parvient pas à rapporter la preuve que le Président du Crédit Lyonnais était informé de la suspension partielle des pouvoirs du mandataire ; ce n'était qu'après la conclusion de l'acte que la banque avait eu connaissance, par écrit, du défaut d'habilitation. Pour opposer au syndicat les effets de l'accord conclu, il semble que la chambre sociale ait appliqué la théorie du mandat apparent. En l'espèce, le délégué syndical avait signé un accord contre l'avis de son syndicat, c'est-à-dire en outrepassant ses pouvoirs ⁵¹³. Cependant, l'accord restait valable : la croyance du tiers (ici l'employeur) dans les pouvoirs du mandataire (ici le

⁵¹² Cass. soc. 19 février 1992, n° 90-10896, *Bull. V*, n° 106

⁵¹³ Le terme *pouvoir* est ici entendu comme le mandat donné par une personne à une autre d'accomplir un acte juridique à sa place.

délégué syndical) était légitime, parce que les circonstances l'autorisaient à ne pas vérifier l'existence ou l'étendue de ses pouvoirs⁵¹⁴.

En définitive, même s'il n'a pas besoin d'être exprès, c'est bien un authentique mandat qui lie le délégué syndical à son organisation et qui fonde sa capacité à négocier et conclure des accords collectifs. La doctrine⁵¹⁵ ainsi que la jurisprudence⁵¹⁶ s'accordent pour considérer que les conditions de ce mode de représentation sont réunies. Celles-ci trouvent leur source dans une désignation, c'est-à-dire dans l'expression de la volonté du syndicat. La relation nouée entre l'organisation et le délégué repose ici sur la confiance personnelle que la première porte au second. La désignation se caractérise précisément par le caractère *intuitu personae* qui est traditionnellement attaché à la nature du mandat⁵¹⁷. Et seule cette confiance explique que l'organisation accepte d'être engagée, lors de la conclusion d'une convention collective, par le délégué. En outre, l'organisation syndicale ayant procédé à la désignation d'un délégué syndical ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise peut décider de le révoquer⁵¹⁸. Or, la révocabilité est une autre caractéristique du mandat civil⁵¹⁹.

Enfin, aux termes de l'article 1984 du Code civil, le mandat est « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Son objet, selon les précisions apportées par la

⁵¹⁴ En droit civil : Cass. ass. plén. 13 décembre 1962, n° 57-11569, *Bull. Ass. plén.* n°2

⁵¹⁵ Par exemple, N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. 791 ; G. Lachaise, *La responsabilité civile des syndicats, de leurs représentants et des représentants du personnel*, Thèse, Bordeaux 1, 1982 ; J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Vol I, 1987

⁵¹⁶ La Cour de cassation considère les délégués syndicaux comme les mandataires de leur organisation : Cass. soc. 21 janvier 1987, n° 85-13295, *Bull.*, V, n° 27

⁵¹⁷ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^{ème} éd, 2007, n° 634

⁵¹⁸ C. trav. art. L. 2143-7

⁵¹⁹ C. civ. art. 2004

jurisprudence, est bien l'accomplissement d'actes juridiques⁵²⁰. En l'espèce, le délégué syndical conclut "à la place de" l'organisation syndicale⁵²¹ des conventions collectives qui relèvent effectivement de la catégorie des actes juridiques. Ces accords vont de ce fait lier le syndicat.

B. Les conséquences de la qualification de mandat

La désignation du délégué syndical, considéré comme un mandataire, autorise ce dernier à conclure des conventions collectives au nom et pour le compte du syndicat.

En pratique, le représentant, choisi par l'organisation, est appelé naturellement à défendre « les axes essentiels de la politique revendicative suivie par le syndicat dont il est issu »⁵²². L'action du délégué syndical demeure ainsi sous le contrôle étroit du syndicat qui va, en général, lui adresser des directives contraignantes. Comme tout mandataire, il est alors tenu de respecter les instructions qui lui ont été données et d'agir conformément aux intérêts du mandant⁵²³. Toutefois, la volonté du délégué syndical peut s'opposer à celle du syndicat. Ce dernier dispose donc de la possibilité d'interdire au délégué de signer, et partant de s'opposer à son avis. C'est pourquoi l'organisation syndicale peut suspendre ou retirer ses pouvoirs en ce qui concerne la signature d'un accord particulier. Et cette solution est conforme aux règles du droit civil qui permettent à un mandant de changer à tout moment les termes du mandat.

⁵²⁰ Civ. 1^{ère} 19 février 1968, n° 64-14315, *Bull. civ. I*, n°69

⁵²¹ Le délégué syndical représente bien son organisation puisque la loi et la jurisprudence veillent à ce que l'employeur (le tiers) le considère comme tel. La nomination se trouve donc entourée d'un certain formalisme.

⁵²² G. Borenfreund, *L'action revendicative au niveau de l'entreprise : le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, Thèse, Nanterre, 1986, p. 1616

⁵²³ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, préc., n° 645

« Le mandat confère un pouvoir au mandataire et ce pouvoir est un devoir »⁵²⁴. Dans ces conditions, le délégué syndical est-il réellement en mesure de faire les choix nécessaires à une prise de décision ? Les choix ne sont-ils pas faits par les organisations syndicales ? Or, nous avons pu déterminer qu'il ne peut y avoir pouvoir sans liberté. Les décisions doivent être un acte du libre arbitre juridique de l'auteur, de sa volonté personnelle⁵²⁵. Tel n'est pas le cas lorsque celles-ci sont dictées ou encadrées par le droit. Certes, les décisions des délégués syndicaux ne sont pas prescrites par la loi, mais par le mandat qui lie ces derniers à leur organisation. Néanmoins, le pouvoir appartient au syndicat et non pas au délégué syndical.

§2. La nature de la négociation collective⁵²⁶ et de l'accord collectif

En langage courant, la négociation peut être définie comme « une série d'entretiens, d'échanges de vues, de démarches qu'on entreprend pour parvenir à un accord⁵²⁷ ». Il s'agit donc de discussions, d'un dialogue entre les parties. De manière implicite, le législateur reconnaît que la négociation implique propositions et contre-propositions. Ainsi, par l'article L. 2242-4 du Code du travail, il impose aux interlocuteurs qui n'ont pas pu conclure un accord collectif de consigner dans le procès-verbal de désaccord leurs propositions respectives.

Cependant, d'une part, le juge ne semble pas faire du respect de l'obligation de négocier loyalement une priorité, et, d'autre part, quand bien

⁵²⁴ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, préc., n° 638

⁵²⁵ C. Eisenman, *Cours de droit administratif*, Tome 2, LGDJ, 1982

⁵²⁶ L'analyse ici développée est valable quel que soit le niveau de la négociation. La négociation européenne, notamment, est basée sur les mêmes principes.

⁵²⁷ Dictionnaire Le Petit Robert

même cette obligation serait reconnue et défendue, cela ne conférerait pas pour autant de pouvoir aux négociateurs.

En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu une interprétation relativement stricte des articles L. 2243-1 et L. 2243-2 en décidant que seule la violation des obligations relatives à l'ouverture des négociations constitue une infraction pénale⁵²⁸. L'attitude passive, voire systématiquement opposante, de la direction ne permettant aucune discussion de fond n'est pas répréhensible pénalement⁵²⁹. Bien entendu des sanctions civiles sont également envisageables. Néanmoins, le procédé consistant à demander au juge des référés d'enjoindre l'employeur de faire des propositions aurait une efficacité réduite puisqu'il n'est pas possible d'imposer à ce dernier de présenter des offres d'un niveau déterminé. Demeure alors ouverte, la voie de la réparation du préjudice causé par le manquement à la loyauté dans la négociation. Un niveau élevé d'indemnisation sera certes de nature à dissuader l'employeur de persister dans son attitude négative, mais cela ne peut conduire à reconnaître un pouvoir aux négociateurs salariés car un élément essentiel fait ici défaut : la prise de décision.

Lors d'une négociation aucune décision n'est adoptée, aucun choix n'est fait. Cela semble particulièrement évident en ce qui concerne l'employeur dans le cas de la négociation d'entreprise. L'article L. 2242-3 dispose en effet que « tant

⁵²⁸ Cass. crim. 4 octobre 1989, n° 88-86163, *Bull. crim.* n° 341, préc

⁵²⁹ Par la suite, la Cour de cassation a semblé donner une interprétation moins stricte des articles L. 2243-1 et L. 2243-2 en décidant que l'infraction pénale était constituée lorsque l'employeur négocie sur les salaires en refusant d'inclure une catégorie de personnel. Ce serait admettre au moins implicitement que l'infraction pénale ne consiste pas uniquement en l'absence de convocation à une réunion de négociation ; alors même que la convocation des syndicats a eu lieu dans les délais imposés par la loi, un chef d'entreprise est condamné pour ne pas avoir donné à la négociation l'ampleur qui devait être la sienne (Cass. crim. 28 mars 1995, n° 92-80694, *Bull. crim.* n° 130). Certains auteurs considèrent alors qu'il faut aller « jusqu'au bout du raisonnement et considérer qu'il y a infraction pénale de la part de l'employeur lorsqu'il ne présente pas une proposition lors de la première réunion sur l'ensemble des questions faisant l'objet d'une négociation obligatoire » (J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvr.* 1997, p. 496).

que la négociation est en cours, l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter des décisions unilatérales ». Ainsi, l'employeur ne pourra-t-il pas décider seul d'une augmentation de salaire, d'un abaissement de la durée du travail ou d'une modification des horaires ; il ne pourra pas non plus dénoncer la convention d'entreprise en cours d'application car la dénonciation est un acte unilatéral⁵³⁰. Cette disposition constitue une évidente limitation du pouvoir de l'employeur, mais ne confère pas pour autant de pouvoir aux délégués syndicaux. Elle a pour seul objectif de rappeler que la prise de décision unilatérale est incompatible avec la recherche d'un accord. Elle en est, comme le souligne le Professeur Pélissier, « la négation même »⁵³¹.

La négociation collective et l'accord collectif répondent à une toute autre logique que celle du pouvoir : celle du contrat. À l'unilatéralisme s'oppose l'accord comme mode de formation des rapports sociaux⁵³². Lors de sa conclusion, la convention ou l'accord collectif est traité comme un contrat. Or le régime du contrat repose sur la rencontre des volontés, sur le consentement et non sur la contrainte. Il ne peut y avoir de pouvoir dans ce cas puisque la capacité de décider fait défaut. Comme le souligne Pascal Lokiec, « le contractant est dépourvu de la faculté de prendre seul une décision. Il ne peut qu'émettre une offre qui n'acquerra force juridique qu'à la condition de rencontrer l'acceptation d'autrui »⁵³³. Dans le même esprit, le professeur Teyssié expose « qu'il ne faut pas confondre les deux types majeurs de processus de décision que connaît le droit du travail : l'un repose sur l'exercice du pouvoir de

⁵³⁰ Cass. soc. 29 juin 1994, n° 91-18640, *Bull. V*, n° 219, *Dr. soc.* 1995, p. 4, notes J. Savatier

⁵³¹ J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », préc.

⁵³² P. Lokiec, *Contrat et pouvoir – essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n° 329

⁵³³ Préc., n° 305

direction du chef d'entreprise et conduit à des décisions de caractère unilatéral mais précédées de la consultation des représentants du personnel ; l'autre repose sur le jeu de la négociation collective et conduit à des décisions arrêtées en commun avec un ou plusieurs syndicats représentatifs dans l'entreprise, éléments de conventions ou accords collectifs. Chacun obéit à une logique particulière »⁵³⁴.

Il convient cependant de ne pas confondre négociation (et accord collectif) et codécision. L'unilatéralisme n'est pas remis en cause en cas de codécision, laquelle ne constitue pas un contrat mais une décision unique, prise à plusieurs⁵³⁵. Tel est le cas par exemple lorsque salariés et dirigeants participent collectivement à la décision d'un conseil d'administration avec voie délibérative. La délibération d'une assemblée est un « acte unilatéral collectif »⁵³⁶. La conclusion d'un accord collectif ne s'inscrit pas dans ce schéma, elle relève du strict régime des contrats.

Néanmoins, la présence d'un certain pouvoir peut tout de même être trouvée au sein d'un contrat en général et dans une convention collective en particulier. On sait évidemment que même dans une logique contractuelle, le caractère libre et éclairé du consentement peut être affecté par l'autorité de l'autre contractant. Mais il ne s'agit pas, dans ce cas, d'un pouvoir de coercition, lequel repose sur la contrainte, mais d'un pouvoir d'influence. Or, nous avons expressément exclu ce type de pouvoir du champ de notre étude.

⁵³⁴ B. Teyssié, « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique », *JCP éd G* 1996, n° 3902

⁵³⁵ G. Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenman*, éd. Cujas, 1975 ; P. Ferrari, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenman* ; Voir également J. Rivero (cité par G. Dupuis, préc.) : « On distingue l'acte unilatéral, qui est l'œuvre d'une seule volonté, soit individuelle, soit collective et l'acte bi ou plurilatéral, qui se forme par la rencontre de deux ou plusieurs volontés ».

⁵³⁶ G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961

Par ailleurs, s'est posée la question de la reconnaissance de décisions unilatérales sous couvert d'une convention collective⁵³⁷. Dès l'origine de la négociation, un débat a partagé la doctrine sur la nature de la convention collective : nature contractuelle ou réglementaire⁵³⁸. Conventionnelle par sa formation, qui repose sur un accord de volontés, la convention ou l'accord collectif est aussi un acte à vocation réglementaire dans la mesure où il s'impose de manière unilatérale, générale et impersonnelle à diverses personnes, sans leur consentement immédiat. L'intérêt de cette discussion aurait pu être limité dans l'objectif de notre étude puisque les auteurs s'accordent majoritairement sur le fait que la convention collective relève du régime des contrats pour ce qui concerne sa conclusion, seul aspect qui nous intéresse⁵³⁹. Néanmoins, certaines décisions de la Cour de cassation apportent un éclairage nouveau et intéressant sur cette question. Le pouvoir a en effet été reconnu au stade de la conclusion d'une convention collective, domaine qui relève *a priori* plutôt du contrat. Ainsi, dans un arrêt du 5 mai 1998⁵⁴⁰, l'employeur se voyait reprocher de ne pas avoir consulté le comité d'entreprise préalablement à la conclusion d'un accord collectif dont l'objet était soumis à sa consultation en vertu de l'article L. 432-1 du code du travail, alors applicable. La consultation étant limitée aux "décisions" de l'employeur, la conclusion d'un accord y était-elle soumise ? La haute juridiction a répondu par l'affirmative à cette importante question. Elle relève à cette occasion que « la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la

⁵³⁷ « Le contrat comme support d'une décision unilatérale » : expression employée par P. Lokiec, préc., n° 339

⁵³⁸ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », *RTD civ.* 1939, p. 353 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001, n° 196 et suivants ; J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2006, n° 768 et suivants

⁵³⁹ La nature réglementaire concernait, pour sa part, davantage la phase d'exécution

⁵⁴⁰ n° 96-13498, *Bull. V*, n° 219

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 ». Ce faisant, elle approuve le conseiller rapporteur pour qui « si le pouvoir de gestion (...) se matérialise évidemment et le plus souvent par des décisions unilatérales, il peut aussi se matérialiser dans des accords collectifs d'entreprise »⁵⁴¹. Dans cette même optique a été exigée la consultation du comité d'entreprise préalable à une "décision" d'introduction de nouvelles technologies arrêtée par accord collectif⁵⁴².

La Cour de cassation admet ainsi que la conclusion d'une convention collective peut être l'expression d'un pouvoir : celui de l'employeur. Si pouvoir il y a, ce n'est donc pas au profit des délégués syndicaux. Néanmoins, par ses décisions la haute juridiction ne remet pas véritablement en cause la nature contractuelle de la convention collective. Il n'est pas question d'y substituer l'unilatéralisme. La reconnaissance du pouvoir derrière le contrat ne vise qu'à permettre la mise en œuvre de la procédure attachée à toute décision patronale majeure⁵⁴³, assurant ainsi un meilleur contrôle de celle-ci. Dans un domaine aussi important que celui de la réglementation collective, les normes instituées bénéficient ainsi d'une double « protection » : elles sont tout d'abord négociées avec l'employeur et sont ensuite soumises à l'approbation des représentants élus

⁵⁴¹ Rapport du conseiller J-Y. Frouin, *Dr. soc.* 1998, p. 579

⁵⁴² Cass. crim. 13 décembre 1994, n° 93-85092, *Bull. V*, n° 405

⁵⁴³ Parce que l'assujetti n'y consent pas (ce qui est une des caractéristiques du pouvoir), la décision est entourée de règles de procédure qui visent à la contrôler. Par exemple procéder à des consultations, motiver la décision.

du personnel. La Cour de cassation a tout simplement intégré certains aspects du régime du pouvoir dans la négociation, et ce dans l'intérêt des salariés.

§3. Le droit-fonction dans la négociation obligatoire

La négociation est imposée par le Code à plusieurs niveaux et dans divers domaines. Il est tout d'abord fait obligation aux organisations qui sont liées par une convention de branche (ou à défaut par des accords professionnels) de négocier chaque année sur les salaires⁵⁴⁴ ; tous les trois ans sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes⁵⁴⁵, les modalités d'information du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ainsi que sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁵⁴⁶, les mesures tendant à l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés⁵⁴⁷, sur la formation professionnelle⁵⁴⁸ ; et au moins une fois tous les cinq ans sur les classifications⁵⁴⁹ et l'épargne salariale⁵⁵⁰.

Au niveau de l'entreprise, dès lors que sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur doit engager tous les ans une négociation sur la programmation de la suppression des écarts de rémunération entre hommes et femmes⁵⁵¹, les salaires effectifs et l'organisation du temps de travail⁵⁵². En matière d'égalité professionnelle entre les hommes et

⁵⁴⁴ C. trav. art. L. 2241-1

⁵⁴⁵ C. trav. art. L. 2241-3

⁵⁴⁶ C. trav. art. L. 2241-4 et L. 2242-15

⁵⁴⁷ C. trav. art. L. 2241-5

⁵⁴⁸ C. trav. art. L. 2241-6

⁵⁴⁹ C. trav. art. L. 2241-7

⁵⁵⁰ C. trav. art. L. 2241-8

⁵⁵¹ C. trav. art. L. 2242-7

⁵⁵² C. trav. art. L. 2242-8

les femmes⁵⁵³ ainsi que sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés⁵⁵⁴, des négociations doivent être menées chaque année, mais une fois un accord conclu, la périodicité de cette négociation est portée à trois ans. Enfin, concernant la mise en place d'un régime de prévoyance maladie⁵⁵⁵ et celle d'un système d'intéressement, de participation ou d'épargne salariale⁵⁵⁶, l'obligation d'engager chaque année une négociation n'existe qu'en l'absence d'accord déjà applicable dans l'entreprise. Hormis ces cas de négociation obligatoires, un droit général de négocier au niveau de l'entreprise est reconnu par le Conseil d'Etat⁵⁵⁷. De même, en dehors des sujets où elle impose une négociation, la loi reconnaît aux syndicats de salariés représentatifs dans la branche ou dans l'entreprise le droit de voir prises en compte leurs demandes relatives aux thèmes de négociation⁵⁵⁸.

Dans l'entreprise, l'employeur doit prendre l'initiative de la négociation. A défaut d'une telle initiative depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, celle-ci s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative⁵⁵⁹.

L'employeur qui n'engage pas la négociation sera déclaré civilement responsable des préjudices subis par les salariés et les organisations syndicales. Il semble également que les syndicats aient la possibilité d'introduire une demande en référé devant le Président du Tribunal de grande instance pour faire cesser le trouble résultant d'un refus d'ouvrir la négociation. Par application des

⁵⁵³ C. trav. art. L. 2242-5

⁵⁵⁴ C. trav. art. L. 2242-13

⁵⁵⁵ C. trav. art. L. 2242-11

⁵⁵⁶ C. trav. art. L. 2242-12

⁵⁵⁷ CE 21 juillet 1970, n° 72780, *Dr. soc.* 1971, p. 112

⁵⁵⁸ C. trav. art. L. 2222-3

⁵⁵⁹ C. trav. art. L. 2242-1

articles 808 et 809 du Code de procédure civile, le juge des référés pourra ordonner, le cas échéant sous astreinte, l'ouverture de négociations et la production de documents⁵⁶⁰. De plus, dès lors qu'une décision patronale aurait dû l'être, mais n'a pas été précédée d'une négociation, le juge du fond peut en suspendre la mise à exécution jusqu'à ce que cette négociation ait eu lieu⁵⁶¹.

En outre, les articles L. 2243-1 et L.2243-2 du Code du travail sanctionnent pénalement le fait pour l'employeur de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-1 et suivants. L'employeur qui n'engage pas de négociation annuelle sur l'un des sujets où cette négociation est obligatoire s'expose donc à des sanctions pénales. Il y aura également infraction lorsque, saisi d'une demande présentée par une organisation syndicale représentative dans les douze mois suivant la précédente négociation, l'employeur n'a pas transmis celle-ci, dans les huit jours, aux autres organisations syndicales ou n'a pas convoqué les parties à la négociation dans les quinze jours suivant cette demande. En revanche, le refus d'engager les négociations au niveau de la branche n'est pas sanctionné pénalement.

Le principe même de la négociation est donc protégé par la loi et les syndicats peuvent agir lorsque l'employeur n'en prend pas l'initiative. L'obligation de négocier, prévue par la loi dans certaines hypothèses, s'impose, quant à elle, aux deux parties⁵⁶².

⁵⁶⁰ Cass. soc. 13 juillet 1988, n° 86-16302, *Bull. V*, 454

⁵⁶¹ Cass. soc. 28 novembre 2000, n° 98-19594, *Bull. V*, n° 398

⁵⁶² La loi sanctionne en effet le défaut d'initiative de l'employeur et non le défaut de négocier. Sur ce second terrain, l'obligation s'impose donc aux deux parties. L'employeur ne peut pas négocier seul. *Contra* : J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008, n° 1123

Le monopole des syndicats, et de leurs représentants dans l'entreprise, est également garanti. Dans un arrêt du 18 novembre 1997⁵⁶³ un employeur a été poursuivi et condamné pour entrave à l'exercice de l'action syndicale au motif qu'il avait conclu un accord avec les représentants élus du personnel alors qu'un syndicat représentatif était présent dans l'entreprise et que l'accord conclu portait sur une matière relevant de la négociation annuelle obligatoire. Certes, l'article L. 2146-1 du Code du travail ne protège pas spécifiquement la mission des délégués syndicaux. Néanmoins, en sanctionnant les atteintes portées à l'exercice du droit syndical, ils peuvent être indirectement soutenus dans leurs attributions.

De nombreuses dispositions permettent donc de contraindre l'employeur à initier la négociation, voire à conclure, avec des interlocuteurs déterminés. Cela ne peut cependant pas caractériser un authentique pouvoir. Il n'existe en fait qu'un droit-fonction au service du droit à la négociation.

Mais l'activité d'un délégué syndical ne se résume pas à la négociation et à la conclusion des accords collectifs. Il est en effet chargé de mener l'action syndicale pour le compte de son groupement.

Section 2 : La fonction syndicale

L'action syndicale est confiée soit au délégué syndical, soit au représentant de la section syndicale⁵⁶⁴, selon que l'organisation syndicale est représentative ou non.

⁵⁶³ Cass. crim. 18 novembre 1997, n° 96-80002, *Bull. crim.* n° 390

⁵⁶⁴ Qui bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical : C. trav. art. L 2142-1-1

La situation décrite ici est bien différente de celle du délégué syndical qui négocie et conclue des accords collectifs car lui sont accordées, pour remplir ce rôle de porte-parole⁵⁶⁵, des prérogatives propres. Pour autant, cela n'est pas de nature à lui conférer un authentique pouvoir.

§1. La qualification du lien unissant le délégué et son organisation

La notion de mandat, telle que nous avons pu la dégager et l'appliquer à la négociation collective, montre ses limites lorsqu'il s'agit d'aborder les autres missions du délégué syndical. En effet, au moment où il participe à la conception et à la diffusion de documents syndicaux, en animant la section syndicale ou en conduisant une grève, il n'a plus pour mission d'opérer des actes juridiques au nom du syndicat mais développe une activité "matérielle" pour le compte de la personne qui l'a désigné. Or, il est classiquement reconnu que le mandat de droit privé est appelé à jouer dans l'hypothèse d'une création d'actes juridiques, non pas dans l'accomplissement d'une activité purement matérielle⁵⁶⁶. La qualification de mandat est donc inappropriée lorsque l'on se place sur le terrain de l'action syndicale. La cour de cassation reconnaît d'ailleurs que la partie de la mission du délégué syndical relative à ses rapports avec les salariés s'apparente à celle du délégué du personnel⁵⁶⁷. Dans ce cas, le représentant désigné, s'il ne cesse de représenter son organisation, retrouve davantage d'autonomie. Il agit matériellement en son nom, mais pour le compte

⁵⁶⁵ G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001

⁵⁶⁶ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, préc., n° 639

⁵⁶⁷ Cass. soc. 15 janvier 1970, n° 69-60033, *Bull. V*, n° 30

du syndicat⁵⁶⁸. Toutefois, l'"émancipation" du délégué syndical ne suffit pas en elle-même à lui conférer d'authentiques pouvoirs. Les caractéristiques essentielles de celui-ci font en pratique défaut.

§2. Le droit de représentation interne

Le délégué syndical est chargé de représenter son syndicat auprès de l'employeur⁵⁶⁹. Aucune autre indication n'est donnée par le Code du travail sur ses prérogatives exactes et sur ce qu'implique, en pratique, cette mission de représentation. L'analyse de la jurisprudence sur l'entrave et les heures de délégation permet de cerner plus précisément la finalité et l'étendue de sa mission.

A. La finalité des prérogatives

Selon la Cour de cassation, la mission des délégués syndicaux consiste à « représenter leur syndicat dans l'entreprise, et peut être exercée en tout lieu dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils ont été désignés, dès lors qu'elle entre dans le cadre de l'objet défini par l'article L. 411-1 du Code du travail [alors applicable] »⁵⁷⁰.

Ainsi, d'une part, le délégué syndical n'est pas investi d'une capacité générale de représenter en dehors de l'entreprise et, d'autre part, si sa mission peut être exercée en tout lieu, ce ne peut être que dans l'intérêt de l'entreprise ou de l'établissement.

⁵⁶⁸ F. Petit (préc.) explique que les organes du syndicat délèguent leurs prérogatives à des "agents" dans le but de réaliser, dans l'entreprise, l'objet légal du syndicat.

⁵⁶⁹ C. trav. art. L. 2143-3

⁵⁷⁰ Cass. soc. 23 janvier 1990, n° 86-43817, *Bull. V*, n° 21

1. L'incapacité générale à représenter à l'extérieur.

Le délégué syndical n'ayant pas vocation à représenter son syndicat en dehors de l'entreprise, il n'est pas habilité à représenter en justice des salariés, sauf à être porteur d'un pouvoir spécifique⁵⁷¹. La Haute juridiction dénie également au délégué syndical le pouvoir de représenter ès qualité le syndicat en justice⁵⁷².

L'utilisation du crédit d'heures est par ailleurs refusée pour accomplir des responsabilités purement syndicales, au sein des structures extérieures à l'entreprise. Pour éviter que le délégué syndical ne se transforme en un véritable permanent syndical⁵⁷³, la Cour de cassation estime donc que le temps passé à l'administration d'un syndicat ne peut être considéré comme utilisé à l'exercice de ses fonctions⁵⁷⁴, tout comme l'assistance à des réunions statutaires du syndicat auquel appartient le délégué⁵⁷⁵.

Enfin, le délégué syndical n'est pas autorisé à participer ès qualité aux réunions non syndicales auxquelles son organisation le charge de se rendre pour la représenter (congrès politiques, colloques...). En effet, comme le souligne le professeur Borenfreund, « il paraît contraire à l'esprit de la loi d'assimiler ce délégué à un véritable représentant statutaire du syndicat, dans tous les actes que ce dernier accomplit en dehors de l'entreprise »⁵⁷⁶. À ce titre, tout ce qui concerne les élections professionnelles ne relève pas de ses attributions. Ne peut

⁵⁷¹ Cass. soc. 28 novembre 1979, n° 79-60711, *Bull. V*, n° 905 ; Cass. soc. 30 novembre 1982, n° 82-60482, *Bull. V*, n° 651

⁵⁷² Cass. soc. 3 juin 1977, n° 76-60271, *Bull. V*, n° 379 ; Cass. soc. 31 janvier 2001, n° 99-60392, *Bull. V*, n° 34

⁵⁷³ Rép. Trav. Dalloz, *Syndicats professionnels (I- Droit syndical dans l'entreprise)*, par G. Borenfreund, spéc. n° 531

⁵⁷⁴ Cass. soc. 10 novembre 1981, n° 79-42606, *Bull. V*, n° 883

⁵⁷⁵ Cass. soc. 4 juin 1975, n° 74-11722, *Bull. V*, n° 307

⁵⁷⁶ G. Borenfreund, préc., spéc. n° 532

donc être imputée sur les heures de délégation, l'assistance aux opérations d'un scrutin à caractère national⁵⁷⁷.

Les déplacements à l'extérieur de l'entreprise ne sont cependant pas tous prohibés. Pourront être imputées sur le crédit d'heures les activités qui ont lieu dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils ont été désignés.

2. L'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement

Pour pouvoir relever de leur mission, les déplacements effectués par les délégués syndicaux devront présenter un lien avec les problèmes spécifiques à l'entreprise où ils ont été désignés. En conséquence, pourra être imputée sur les heures de délégation, la participation à une manifestation politique tenue à la bourse du travail lors d'une visite du chef de l'état, cette démarche ayant trait à la défense de l'emploi dans l'entreprise⁵⁷⁸. Il en va de même de la visite d'une société en grève, lorsque celle-ci est un fournisseur de l'entreprise où sont employés les délégués syndicaux ; le conflit collectif de cette société n'étant pas étranger aux préoccupations du personnel de l'entreprise⁵⁷⁹. L'assistance à des audiences judiciaires qui a pour objet de s'informer sur un litige mettant en cause d'autres représentants du personnel de l'entreprise à l'occasion d'un conflit collectif doit également être rémunérée au titre des heures de délégation⁵⁸⁰. Entre encore dans les attributions du délégué syndical la participation à une réunion syndicale dont l'ordre du jour comportait l'étude de la convention collective applicable au personnel de l'entreprise⁵⁸¹. Est en revanche

⁵⁷⁷ Cass. soc. 13 janvier 1999, n° 96-43678, inédit

⁵⁷⁸ Cass. soc. 23 janvier 1990, préc.

⁵⁷⁹ Cass. soc. 10 juillet 1990, n° 86-42819, *Bull. V*, n° 361

⁵⁸⁰ Cass. soc. 1^{er} avril 1992, n° 88-45752, *Bull. V*, n° 233

⁵⁸¹ Cass. soc. 12 juillet 1995, n° 92-19122, inédit

exclu, le fait de prendre part à une manifestation de soutien à des salariés d'une autre entreprise sans lien particulier avec celle des délégués⁵⁸².

Ces décisions attestent qu'une relation directe entre leur action et les problèmes spécifiques à leur entreprise n'est pas requise. Comme le souligne le professeur Borenfreund, « l'activité de ces représentants ne se cantonne pas dans le domaine étroit des difficultés propres à l'entreprise ou à son établissement »⁵⁸³. La limite posée à la mission des délégués syndicaux est donc comprise de manière relativement ouverte.

Mais la question de l'intérêt des salariés a pris une nouvelle importance avec la loi du 20 août 2008. Désormais, le délégué syndical doit être choisi parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel⁵⁸⁴. L'audience a donc fait son entrée dans les critères à remplir pour la désignation d'un délégué syndical et va donc peser sur cette dernière. Cette évolution va dans le sens d'un renforcement des liens entre les salariés de l'entreprise et les délégués⁵⁸⁵. Ces derniers vont être nécessairement plus proches des aspirations et des attentes des salariés qui leur auront déjà accordé leur confiance par un vote. Leur mission devient certainement plus confuse⁵⁸⁶, en tout cas plus ancrée que jamais dans l'entreprise.

⁵⁸² Cass. soc. 13 juin 1996, n° 95-41460, 95-41500, 95-41503, *Bull.* V, n° 238

⁵⁸³ G. Borenfreund, préc. spéc. n° 535

⁵⁸⁴ C. trav. art. L. 2143-3

⁵⁸⁵ Et également vers un rapprochement de la représentation élue et désignée.

⁵⁸⁶ C'est également la consécration législative de la pratique du cumul des mandats

B. Le contenu de la fonction syndicale

Nous avons vu que le délégué syndical pouvait, à l'occasion de sa mission, se déplacer à l'extérieur de l'entreprise afin d'assister à des réunions, participer à des manifestations, etc.... Cependant, l'essentiel de son activité va se dérouler à l'intérieur de l'entreprise.

1. Le droit de réclamer et de revendiquer

Le champ d'intervention du délégué syndical s'ordonne sur l'action syndicale, laquelle vise à assurer la défense des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels des salariés⁵⁸⁷. La défense de ces intérêts passe par l'amélioration du statut collectif des travailleurs. Le domaine d'intervention des délégués syndicaux va alors présenter des interférences avec celui des délégués du personnel. Comme ces derniers, les délégués syndicaux doivent être proches de leur base dont ils expriment les réclamations et les revendications. Bien que parallèles et complémentaires, les attributions des uns et des autres ne doivent pas pour autant se confondre. Dès lors, si l'on s'efforce d'établir une frontière entre les interventions des deux institutions, on peut être tenté de se référer à la distinction adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt célèbre rendu par la chambre criminelle le 24 mai 1973⁵⁸⁸. Ayant à statuer sur le domaine précis des salaires, la Cour estime que dans les entreprises où a été créée une section syndicale et où un délégué syndical a été désigné, les délégués du personnel ne pourront présenter à l'employeur que les réclamations relatives à l'application des taux de salaire. Seuls les délégués syndicaux sont habilités à présenter les demandes de modification de ces taux.

⁵⁸⁷ C. trav. art. L 2131-1

⁵⁸⁸ Cass. crim. 24 mai 1973, n° 71-93051, *Bull. crim.*, n° 239

Cette répartition stricte entre revendications et réclamations paraît s'être assouplie par la suite, ou, à tout le moins, semble avoir évolué. Par un arrêt du 26 janvier 1993⁵⁸⁹, la Cour de cassation reconnaît que, dans le domaine des salaires, l'article L. 422-1 [alors applicable] ne limite pas la mission des délégués du personnel à l'application des règles de droit. Néanmoins, elle rappelle que, conformément à l'article L. 132-27 [alors applicable], dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales, l'employeur est tenu d'engager une négociation annuelle, en particulier sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail. Il en découle, selon la Haute juridiction, qu'en présence de revendications des délégués du personnel portant sur l'augmentation de la rémunération et la réduction de la durée du travail, l'employeur est fondé à considérer qu'elles relèvent de la négociation collective avec les syndicats et à refuser de répondre aux demandes des délégués du personnel. La répartition ne s'établit alors plus vraiment entre réclamations et revendications. L'idée est plutôt que ce qui relève de la négociation collective obligatoire, donc des délégués syndicaux, ne saurait également faire l'objet d'une présentation de revendications par les délégués du personnel. Il s'agit donc de protéger le rôle des délégués syndicaux en matière de négociation collective⁵⁹⁰. Pour le reste, la distinction entre revendication et réclamation serait estompée. Cette évolution est manifestement pragmatique, car dans les faits la répartition opérée est à l'évidence difficile à mettre en œuvre, et ce d'autant que la loi favorise les chevauchements en permettant notamment aux syndicats

⁵⁸⁹ Cass. crim. 26 janvier 1993, n° 89-85389, *Bull. crim.*, n° 43

⁵⁹⁰ Voir pour une décision semblable à propos d'un accord conclu avec un comité d'établissement et qui porte atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective : Cass. crim. 18 novembre 1997, n° 96-80002, *Bull. crim.*, n° 390

représentatifs de désigner un délégué du personnel comme délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés⁵⁹¹.

Par ailleurs, les délégués syndicaux occupent souvent une place essentielle en cas de grève. La section et le délégué syndical jouent en effet généralement un rôle décisif dans l'impulsion du conflit collectif et dans son déroulement même, en conduisant l'action, en l'orientant de la manière qui leur semble garantir la meilleure issue possible. Bien sûr, la grève n'obéit pas, en droit français, du moins dans l'entreprise privée, à une conception organique⁵⁹². Elle est en fait un droit individuel de chaque travailleur et son exercice est laissé à leur initiative collective sans passer par l'intermédiaire du syndicat. Elle n'est donc en aucune manière une exclusivité du mouvement syndical⁵⁹³. Comme l'indique le professeur Savatier, « les syndicats, [et donc les délégués syndicaux], n'ont juridiquement aucun pouvoir de décision dans le déclenchement et la conduite du mouvement⁵⁹⁴. Néanmoins, il est inconcevable que, dès lors qu'il existe une présence syndicale dans l'entreprise, la grève puisse se dérouler sans sa participation. Le rôle des syndicats dans la défense « des intérêts matériels et moraux » de travailleurs débouche directement sur l'action revendicative dont la grève n'a cessé d'être le moyen le plus efficace. Chargé de représenter le syndicat dans l'entreprise, le délégué syndical sera tout naturellement chargé de la gestion de la grève, dans ses différentes phases. G. Friedel précise ainsi que « l'activité des délégués syndicaux dans un conflit et dans une grève, entre dans l'exercice normal de leurs attributions traditionnelles

⁵⁹¹ C. trav. art. L. 2143-6. Et plus généralement le cumul des mandats.

⁵⁹² H. Sinay et J-C. Javillier, *La grève*, Dalloz, 1984, spéc. n° 67

⁵⁹³ P. Salvage, « Les attributions du délégué syndical en cas de grève », *Dr. soc.* 1986, p. 624

⁵⁹⁴ J. Savatier, « La distinction de la grève et de l'action syndicale », *Dr. soc.* 1984, p. 53

qu'il s'agisse, après que la négociation ait échoué, du déclenchement de la grève, de la conduite de son développement, ou du règlement du conflit »⁵⁹⁵.

Dans les services publics, par ailleurs, l'arrêt de travail doit être précédé d'un préavis devant nécessairement émaner d'une organisation syndicale représentative⁵⁹⁶.

Le rôle des délégués syndicaux en cas de conflit collectif est donc indiscutable. Ce n'est, en fait, que le prolongement logique de leur action revendicative. Cela ne suffit pourtant pas à leur octroyer d'authentiques pouvoirs en ce domaine. Ainsi que nous l'avons indiqué et bien que ce soit le plus souvent à l'appel d'une ou plusieurs organisations syndicales, relayée par les délégués syndicaux, que les travailleurs entament un mouvement collectif, ce dernier demeure un droit individuel de chaque salarié. Les délégués syndicaux n'ont reçu de la loi aucune prérogative dans la conduite des conflits collectifs au sein de l'entreprise et, comme le souligne le professeur Savatier : « aucune décision syndicale ne saurait suffire à donner à un travailleur la qualité de gréviste »⁵⁹⁷. Quand ils participent à une grève, les délégués le font en tant que travailleurs et non comme représentants du syndicat. Ce qui amène d'éminents auteurs à conclure que « le syndicat n'a ni le monopole ni un quelconque pouvoir juridique à cet égard »⁵⁹⁸.

La grève est, pour les représentants du personnel, comme pour tous les autres salariés de l'entreprise un simple droit. La spécificité vient de ce que leur droit de revendiquer, droit-fonction, est au service du droit de grève.

⁵⁹⁵ G. Friedel, « Les représentants du personnel dans la grève », in *Mélanges offerts au professeur Camerlynck*, p. 332

⁵⁹⁶ C. trav. art. L. 2512-2

⁵⁹⁷ J. Savatier, « La distinction de la grève et de l'action syndicale », *Dr. soc.* 1984, p. 53

⁵⁹⁸ H. Sinay et J-C. Javillier, préc. , spéc. n° 67

2. Le droit de contrôler le fonctionnement social de l'entreprise⁵⁹⁹

Le droit de surveillance des délégués syndicaux sur l'application du droit du travail puiserait ses racines dans la mission de représentation du syndicat confiée à cette institution⁶⁰⁰.

À ce titre, le délégué syndical doit pouvoir se déplacer dans l'établissement et visiter les ateliers⁶⁰¹ car sa mission « exige pour être pleinement remplie qu'il puisse se rendre compte par lui-même des conditions et de la nature du travail dans chacune des parties de l'établissement »⁶⁰². J-M verdier relève d'ailleurs à ce sujet une analogie des prérogatives du délégué syndical avec celles de l'inspecteur du travail qui dispose du droit d'entrée et de visite des établissements dans lesquels il contrôle l'application de la législation du droit du travail⁶⁰³.

Avec ce même objectif de contrôle⁶⁰⁴, les délégués syndicaux doivent être destinataires de toute information leur permettant de remplir au mieux leur mission. Commet ainsi le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical l'employeur qui refuse à un délégué syndical les informations sur l'implantation des chantiers, les effectifs et les horaires des salariés⁶⁰⁵. Est également constitutive du délit d'entrave, l'opposition de l'employeur à la présence du délégué à une réunion du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de

⁵⁹⁹ Expression employée par G. Borenfreund, préc.

⁶⁰⁰ Y. Chalaron, « Réflexions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », in *Etudes offertes à A. Jauffret* : « Le syndicalisme comporte une vocation naturelle à exercer une surveillance générale sur le fonctionnement social des entreprises ».

⁶⁰¹ C. trav. art. L. 2143-20

⁶⁰² Cass. crim. 9 novembre 1971, n° 70-92537, *Bull. crim*, n° 304

⁶⁰³ *D.* 1972, jp, p. 334, note sous Cass. crim. 9 novembre 1971

⁶⁰⁴ « Les délégués syndicaux ont le droit et le devoir de contrôler les conditions de travail des salariés, où qu'ils se trouvent employés » : Cass. crim. 5 octobre 1982, n° 81-95163, *Bull. crim*, n° 207

⁶⁰⁵ Cass. crim. 5 octobre 1982, préc.

travail, car « il entre dans la mission d'un délégué syndical de veiller, dans l'intérêt des travailleurs qu'il représente, à l'hygiène et à la sécurité dans l'entreprise, même lorsqu'il existe un comité d'hygiène et de sécurité »⁶⁰⁶.

Outre les cas expressément prévus par la loi⁶⁰⁷, le délégué syndical dispose donc d'un droit général à l'information pour tout ce qui est nécessaire à l'exercice de sa mission.

Enfin, les délégués syndicaux sont obligatoirement consultés sur certaines questions. Dans le domaine du travail de nuit, il ressort de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 qu'en l'absence de convention ou d'accord collectif, l'inspecteur du travail peut accorder certaines dérogations, après consultation des délégués syndicaux, qu'il s'agisse de la mise en place même du travail de nuit⁶⁰⁸, de la modification de la plage horaire⁶⁰⁹, de la durée maximale quotidienne⁶¹⁰ ou des contreparties accordées aux salariés⁶¹¹. Par ailleurs, l'autorisation de dépasser la durée maximale journalière de travail de 10 heures est donnée par l'inspecteur du travail sur avis notamment des délégués syndicaux⁶¹². En outre, l'organisation du travail de façon continue pour raisons économiques peut être

⁶⁰⁶ Cass. crim. 7 décembre 1982, n° 82-90370, *Bull. crim.*, n° 278

⁶⁰⁷ Modifications apportées aux conventions ou accords applicables dans l'entreprise (C. trav. art. L. 2262-7), démission par l'employeur d'une organisation signataire d'une convention ou d'un accord (C. trav. art. L. 2262-7), rapport sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise (C. trav. art. L. 2323-57), documents d'information remis au comité d'entreprise pour lui permettre d'élaborer le plan de formation du personnel (C. trav. art. L. 2323-36), conditions d'accueil en stage des jeunes en première formation technologique ou professionnelle (C. trav. art. L. 2323-38), projet de bilan social (C. trav. art. L. 2323-72), bilan du travail à temps partiel (C. trav. art. L. 3123-3)

⁶⁰⁸ C. trav. art. L. 3122-36 et R. 3122-16

⁶⁰⁹ C. trav. art. L. 3122-29

⁶¹⁰ C. trav. art. L. 3122-34 et R. 3122-11

⁶¹¹ Circ. Min. DRT n° 2002-09 du 5 mai 2002

⁶¹² C. trav. art. R. 3132-12

autorisée par l'inspecteur du travail si elle tend à une meilleure utilisation des équipements de production et au maintien ou à l'accroissement du nombre des emplois existants. La demande de dérogation sollicitée par l'employeur doit être accompagnée de l'avis des délégués syndicaux⁶¹³. Enfin, la possibilité de faire travailler une deuxième équipe pendant les jours de repos accordés en fin de semaine au reste du personnel est subordonnée à une autorisation de l'inspecteur du travail donnée après consultation des délégués syndicaux⁶¹⁴.

Il est très intéressant de noter que, dans toutes les hypothèses citées, l'avis des délégués syndicaux est sollicité lorsque l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise en raison de l'absence de convention ou d'accord collectif réglant le problème. L'objectif du législateur est donc certainement de faire en sorte que sur ces questions une opinion syndicale soit toujours émise, soit par le biais de la négociation, soit par au moyen de la consultation.

Ces consultations auraient pu caractériser un authentique pouvoir si le législateur avait en outre accordé à ces représentants la possibilité d'imposer leur décision. Or, tel n'est pas le cas en pratique. À aucun moment la loi ne prévoit de procédure d'avis conforme ou d'autorisation. L'employeur reste seul maître et seul juge des décisions finales qu'il va adopter. Les délégués syndicaux, comme d'autres représentants du personnel, participent au processus décisionnel, mais le pouvoir demeure entre les mains du seul employeur. La solution est en la matière identique à celle dégagée pour les institutions collégiales.

⁶¹³ C. trav. art. L. 3132-14

⁶¹⁴ C. trav. art. L. 3132-18

Les prérogatives accordées au délégué syndical sont donc très vastes⁶¹⁵. Celles-ci sont reconnues et protégées par le droit et le juge mais ne confèrent cependant pas un authentique pouvoir à leurs titulaires en raison de la liberté limitée dont ils disposent dans leur exercice et leur mise en œuvre. Il s'agit alors de droits-fonctions.

3. Les autres droits reconnus pour l'animation de l'activité syndicale

Le délégué syndical exerce également une fonction d'animation de la section syndicale et de l'activité syndicale dans l'entreprise. La section syndicale n'étant qu'une antenne du syndicat dans la société, ce sont en général les délégués syndicaux qui lui donnent vie en la constituant et en utilisant ses moyens. Cette compétence n'est évidemment pas exclusive et peut être exercée par d'autres membres de la section syndicale ou plus généralement par tout salarié adhérent mandaté à cet effet. Cependant, étant salariés protégés dotés d'heures de délégation, les délégués syndicaux sont naturellement désignés pour cette mission.

A ce titre ils procéderont à la collecte des cotisations syndicales⁶¹⁶.

Par ailleurs, l'articulation entre les organisations syndicales qui les ont désignés et le personnel de l'entreprise implique que les délégués syndicaux informent les syndicats des problèmes qui se posent dans l'entreprise et, en sens inverse, informent les salariés des positions et stratégies syndicales. Pour cela, ils vont afficher des communications syndicales⁶¹⁷, distribuer des tracts et des publications⁶¹⁸, organiser des réunions⁶¹⁹, partir en délégation⁶²⁰.

⁶¹⁵ P. Salvage, « La compétence générale du délégué syndical », *Dr. soc.* 1976, p. 396

⁶¹⁶ C. trav. art. L. 2142-2

⁶¹⁷ C. trav. art. L. 2142-3

⁶¹⁸ C. trav. art. L. 2142-4 et s.

Ces actions sont exercées dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui des délégués. Elles bénéficient en effet soit à l'organisation syndicale, soit aux salariés. Elles sont, en outre, opposables à l'employeur. Ce dernier est, par exemple, tenu de mettre à disposition des panneaux pour les affichages syndicaux. Toute opposition injustifiée à l'exercice de ces prérogatives pouvant constituer le délit d'entrave. Cependant, ces actions ne sont que des actes matériels, n'impliquent aucun choix pour autrui et sont limitées dans leur exercice. Il s'agit donc de droits-fonctions : le droit de collecter les cotisations, le droit de se déplacer, le droit d'informer les salariés, etc.

Pour la pratique de leur fonction syndicale, les délégués syndicaux ne disposent pas d'authentiques pouvoirs leur permettant de peser sur les décisions de l'employeur. Ils ne disposent que de droits-fonctions leur favorisant l'exercice de l'action syndicale dans l'entreprise. À l'occasion de la négociation, leurs prérogatives sont, certes, accrues mais ne leur permettent pas de contraindre le chef d'entreprise avec qui ils doivent s'entendre. Cette exigence de compromis fait obstacle à la reconnaissance d'un pouvoir.

⁶¹⁹ C. trav. art. L. 2142-10 et s.

⁶²⁰ C. trav. art. L 2143-13. Pour une analyse complète sur les heures de délégation : cf *supra* à propos du comité d'entreprise

Chapitre II : Les institutions élues

L'institution des délégués du personnel est, à l'origine, issue de la pratique. En 1899, l'arbitrage de Waldeck-Rousseau est sollicité en raison d'importantes grèves chez les métallurgistes du Creusot. La sentence arbitrale rendue par le Président du conseil prévoit alors la création de délégués élus chargés de s'entretenir régulièrement avec la direction⁶²¹. Par la suite, et conformément aux accords de Matignon des 7 et 8 juin 1936, la loi du 24 juin 1936 dispose que les conventions collectives, pour être susceptibles d'extension, doivent obligatoirement contenir des dispositions relatives à « l'institution dans les établissements occupant plus de 10 personnes, de délégués élus dans son sein par le personnel, ayant la qualité pour présenter à la direction les réclamations individuelles qui n'auraient pas été directement satisfaites, relatives à l'application des tarifs de salaires, du code du travail et autres lois et règlements concernant la protection ouvrière, l'hygiène et la sécurité ». Supprimée durant l'occupation, l'institution est finalement rétablie en 1946⁶²². Le dispositif a été enrichi par la loi du 28 octobre 1982⁶²³ relative au développement des institutions représentatives du personnel et par la loi du 20 décembre 1993⁶²⁴ relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle qui offre à l'employeur, dans une entreprise occupant moins de deux cents salariés, la

⁶²¹ Ces délégués ouvriers sont « en même temps que les représentants de tous les ouvriers, les intermédiaires désignés pour faire comprendre à leurs camarades de travail, la nécessité et le bien-fondé des mesures adoptées dans les ateliers ».

⁶²² Loi du 16 avril 1946, n° 46-730, *D.* 1946, p. 188

⁶²³ n° 82-915, *D.* 1982, p. 456

⁶²⁴ n° 93-1313, *D.* 1994, p. 11

faculté de décider que les délégués du personnel constituent la délégation unique du personnel au comité d'entreprise⁶²⁵.

Les délégués du personnel constituent une institution que le législateur a voulue aussi proche des salariés que possible. Cette finalité de leur mission justifie que tout soit mis en œuvre afin de favoriser leur implantation. Cela se vérifie tant en ce qui concerne les sphères de représentation qu'au sujet des seuils d'effectif requis pour leur élection. Car le rôle principal des délégués élus est celui d'un médiateur qui va porter la voix des salariés⁶²⁶. Mais le Code du travail envisage également, à leur bénéfice, une multitude d'autres attributions parallèlement au rôle d'intercession⁶²⁷. Ces prérogatives visent principalement à permettre aux délégués de contrôler l'application et le respect du droit dans l'entreprise.

Cependant, aussi diversifiée que soit la mission des délégués du personnel, celle-ci recouvre rarement de réels pouvoirs. Le rôle d'intermédiaire se limite en pratique à la simple transmission d'informations. Quant aux contrôles exercés dans l'entreprise, ils n'ont bien souvent aucun caractère contraignant. Force est par ailleurs de constater que dans l'intitulé du chapitre décrivant l'activité des délégués du personnel la formule « attributions et pouvoirs » a disparu lors de la recodification au profit des seules « attributions ».

⁶²⁵ C. trav. art. L. 2326-1. Voir également M. Del Sol, « La délégation unique du personnel : portée d'une réforme », *Dr. soc.* 1995, p. 153

⁶²⁶ Comme l'indique M-D. Hagelsteen, dans ses conclusions relatives à l'arrêt du Conseil d'Etat 1^{er} juin 1979, (*Dr. soc.* 1979, p. 369), cette institution a essentiellement pour objet « la médiation directe entre le personnel syndiqué ou non et les représentants de l'employeur ».

⁶²⁷ Expression employée par B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 5^{ème} éd., 2007

Section préliminaire : Des prérogatives au service d'un intérêt essentiellement individuel

La question se pose de savoir si les délégués du personnel peuvent se prononcer de manière collective, permettant ainsi l'expression des intérêts de tous les salariés.

Il est classiquement admis que l'institution des délégués du personnel n'est pas un organe collégial : « L'idée est bien établie que ces délégués ne constituent pas un collège, que leur réunion n'est autre qu'un groupement de fait »⁶²⁸. L'institution n'a pas été conçue comme un organisme appelé à émettre des avis ou à rendre des décisions au cours de délibérations prises à la majorité⁶²⁹. L'exercice des attributions des délégués du personnel a essentiellement un caractère individuel. L'expression des réclamations des travailleurs, qui est leur fonction essentielle, peut être effectuée aussi bien isolément qu'en groupe⁶³⁰. Il est vrai que pour exercer leurs attributions ils peuvent parfois se trouver réunis. Il convient cependant de procéder alors à une distinction selon la mission qui leur est confiée car, être rassemblés au sein d'un groupe ne signifie pas nécessairement former un organe collégial. Il semble que l'authentique collégialité ne concerne, en fait, que les hypothèses où les délégués sont réunis pour rendre une décision ou émettre un avis, comme pour la désignation des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou dans les cas prévus par les articles L. 2313-6 et L. 2313-7 du Code du travail. C'est également le cas lorsqu'ils sont amenés à exercer les attributions

⁶²⁸ N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 543

⁶²⁹ J. Savatier, « Les attributions des délégués du personnel », *Dr. soc.* 1993, p. 746

⁶³⁰ Il en est de même de la procédure d'alerte de l'article L. 2313-2

du comité d'entreprise dans une entreprise qui est dépourvue de cette instance⁶³¹. En revanche, c'est bien *collectivement* qu'ils sont reçus une fois par mois par le chef d'établissement⁶³². Dans ce cas, il n'y a ni prise de décision, ni avis rendu et le groupement des délégués du personnel ne forme pas un organe collégial⁶³³, il n'est que la réunion de plusieurs individus.

Certains auteurs regrettent néanmoins l'absence de reconnaissance de la personnalité civile au collège des délégués du personnel « dont la possibilité d'expression collective est au moins équivalente au comité de groupe et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, surtout en l'absence de comité d'entreprise »⁶³⁴. A ceci nous pouvons cependant répondre que, même lorsqu'ils exercent les attributions du comité d'entreprise, les délégués du personnel ne disposent pas des mêmes pouvoirs. Alors que le comité d'entreprise est totalement indépendant dans la gestion des activités sociales et culturelles⁶³⁵, le fonctionnement de ces dernières sera assuré par les délégués, « conjointement avec l'employeur »⁶³⁶. De même, le budget de fonctionnement sera géré « conjointement par l'employeur et les délégués du personnel »⁶³⁷. Enfin, dans les cas exceptionnels où des délibérations ont lieu, aucune règle du droit positif ne les régit et la délégation n'est dotée ni d'un président, ni d'un bureau⁶³⁸.

⁶³¹ C. trav. art. L. 2313-13 et s.

⁶³² C. trav. art. L. 2315-8

⁶³³ Le professeur Savatier (préc.) précise que « le chef d'établissement est l'interlocuteur des délégués, qui jouissent d'un droit individuel de formuler des réclamations et des demandes, et non pas le président d'un collège, délibérant sur un ordre du jour arrêté en commun en vue d'aboutir à une position commune ».

⁶³⁴ G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001, spéc. n° 95

⁶³⁵ Cf *supra*

⁶³⁶ C. trav. art. L. 2313-15

⁶³⁷ C. trav. art. L. 2313-13

⁶³⁸ N. Catala, préc.

Le droit du travail identifie donc parfois les délégués du personnel à un groupement de personnes sans reconnaître à celui-ci la personnalité morale⁶³⁹. Les délégués élus n'ont ni les droits ni les pouvoirs qui pourraient résulter de cette reconnaissance. Ils sont, par conséquent, dépourvus de toute faculté d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge. Cela pose alors nécessairement la question de la définition de ces intérêts que les délégués du personnel doivent défendre.

Si les délégués du personnel constituaient un organe collégial doté d'une possibilité d'expression collective lui serait reconnu sans conteste le rôle de représentant, non pas de chaque salarié pris individuellement, mais de celui d'une collectivité soudée rassemblant des individus ayant des intérêts communs. Mais, ainsi que nous l'avons vu, l'exercice de leurs attributions a essentiellement un caractère individuel et semble s'insinuer pareillement dans le rapport individuel de travail. Leur mission principale est en effet de présenter des réclamations⁶⁴⁰ ; l'élu intervient alors pour le compte de tel ou tel salarié sur demande expresse de celui-ci⁶⁴¹. Si la loi vise également des réclamations collectives ce n'est, en fait, qu'une somme de demandes individuelles. Mais la réponse apportée aux demandes des salariés distingue la mission du délégué du personnel et celle du délégué syndical qui, parfois, établit aussi un rapport individuel avec les membres de la collectivité du travail⁶⁴². Elle sera collective si elle est traitée par le délégué syndical, qui a seul le droit de négocier et conclure

⁶³⁹ Prise de position ministérielle du 17 mars 1990, *Liaisons soc.* 1990, légis. n° 6381 ; J. Savatier, « L'action en justice d'un comité de groupe en contestation de la cession d'une filiale », *Dr. soc.* 1990, p. 322 ; N. Catala, préc.

⁶⁴⁰ C. trav. art. L. 2313-1

⁶⁴¹ La procédure d'alerte de l'article L. 2313-2 trouve également essentiellement sa place dans une relation individuelle puisqu'elle fait référence particulièrement à la discrimination, de même que l'assistance du salarié lors d'une procédure disciplinaire ou de licenciement

⁶⁴² A travers notamment le droit de circulation et de déplacement.

des accords collectifs. Elle sera en revanche individuelle si c'est le délégué du personnel qui en a la charge. On retrouve ici l'idée que l'action revendicative (qui se situe sur le terrain collectif en ce qu'elle tend à la modification du statut collectif des salariés) ne relève pas de la mission des délégués du personnel, mais est réservée aux seuls délégués syndicaux. La démarche de ces derniers s'inscrit donc dans le rapport collectif de travail alors que celle des délégués du personnel relève du rapport individuel de travail.

Parfois, bien entendu, ils vont être amenés à défendre un intérêt collectif, comme dans le cas de la procédure d'alerte de l'article L. 2313-2⁶⁴³, lorsqu'ils désignent les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ou qu'ils exercent les attributions du comité d'entreprise. Dans ces cas bien particuliers, ils vont dépasser le strict rapport individuel de travail et leurs prérogatives seront étendues.

Section 1 : La fonction de médiation des délégués du personnel

Il revient essentiellement aux délégués du personnel de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives émanant des salariés. En outre, il leur appartient d'établir des liens avec le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

⁶⁴³ Voir par exemple Cass. soc. 10 décembre 1997 (n° 95-42661, *Bull. V*, n° 434 ; *Dr. soc.*1998, p. 127, observations B. Bossu) où il était question du retrait de caméras de surveillance illicites.

§1. Le droit de présenter des réclamations à l'employeur

Selon l'article L. 2313-1 du Code du travail, les délégués du personnel présentent à l'employeur « toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise ». Le délégué du personnel est donc le porte-parole des salariés⁶⁴⁴. Cependant, ce rôle qui lui est attribué ne fait pas disparaître le droit des salariés de présenter eux-mêmes leurs réclamations à l'employeur ou à ses représentants⁶⁴⁵, ou d'en faire part aux membres du comité d'entreprise, qui en informent ensuite l'employeur⁶⁴⁶. Ceci affaiblit indiscutablement leur position. D'autant que lorsqu'un salarié décide de s'adresser directement à la direction, le délégué du personnel ne peut imposer sa présence à cet entretien⁶⁴⁷. La Cour de cassation limite donc la mission d'assistance du délégué du personnel aux cas expressément prévus par la loi⁶⁴⁸.

Les réclamations présentées par les délégués peuvent émaner de tous ceux, à quelque catégorie professionnelle qu'ils appartiennent⁶⁴⁹, qui travaillent,

⁶⁴⁴ Les réclamations dont ils sont porteurs sont ensuite exposées lors de réunions, ordinaires ou extraordinaires, tenues avec l'employeur. Les réclamations sont présentées deux jours au moins avant la réunion, sous forme écrite, réponse, également écrite devant être donnée dans les six jours suivant la réunion. Les demandes des délégués et les réponses motivées de l'employeur sont, soit transcrites dans un registre spécial, soit annexées à ce registre (C. trav. art. L. 2315-12)

⁶⁴⁵ C. trav. art. L. 2313-10

⁶⁴⁶ Cass. soc. 8 juillet 1982, n° 8041199, *Bull. V*, n° 477

⁶⁴⁷ Cass. soc. 11 février 2003, n° 01-88014, *Bull. crim*, n° 32, *Dr. soc.* 2003, p. 631, note F. Duquesne

⁶⁴⁸ C'est-à-dire un projet de licenciement ou de sanction. Voir F. Duquesne, « Les contours de la mission d'assistance du délégué du personnel », *Dr. soc.* 2003, p. 631

⁶⁴⁹ Considérer que les délégués ne peuvent présenter que les réclamations émanant du collègue électoral qui les a élus n'est pas fondé juridiquement, quand bien même la cour de cassation pose comme principe que « la mission des délégués du personnel ne peut concerner que les problèmes intéressant directement les salariés qui les ont élus » (Cass. soc. 24 mars 1993, n° 88-42887, *Bull. V*, n° 98, *Dr. soc.* 1993, p. 746, observations J. Savatier). Au contraire, il y a des dispositions légales qui leur permettent de présenter des réclamations venant de salariés qui ne les ont pas élus.

en qualité de salariés, dans leur circonscription électorale : non seulement les personnes liées à l'entreprise par un contrat de travail, mais aussi les salariés d'entreprises extérieures qui conservent celles-ci pour employeur. Ils peuvent faire présenter leurs réclamations individuelles et collectives concernant les conditions d'exécution de leur activité qui relèvent de l'entreprise d'accueil par les délégués du personnel présents dans cette dernière⁶⁵⁰. De même, les travailleurs temporaires sont en droit de faire présenter par les délégués élus dans l'entreprise utilisatrice des réclamations intéressant leur rémunération, les conditions de leur activité, l'accès aux installations collectives dans l'entité d'accueil⁶⁵¹.

La loi ne précise pas quels sont les moyens dont disposent les délégués pour collecter les réclamations des salariés. On peut imaginer qu'ils mettent à profit le local mis à leur disposition⁶⁵² afin d'organiser des permanences. Par ailleurs, la faculté de se déplacer dans l'entreprise et de prendre contact avec les salariés leur offre une autre possibilité de s'informer sur la nature des réclamations éventuelles⁶⁵³. Il est d'ailleurs fréquent que dans les établissements ou dans les ateliers soient installées des « boîtes aux lettres » qui permettent aux salariés de déposer directement leurs réclamations. La question s'est posée de savoir si les délégués du personnel peuvent recueillir les avis et suggestions des salariés ainsi que leurs revendications intéressant leur vie professionnelle en se faisant remettre, à l'occasion de déplacements dans les bureaux et ateliers de l'entreprise, un « cahier-questionnaire » établi par le syndicat et distribué

⁶⁵⁰ C. trav. art. L. 2313-3

⁶⁵¹ C. trav. art. L. 2313-4

⁶⁵² C. trav. art. L. 2315-6

⁶⁵³ Une étude sociologique menée sur l'action du délégué du personnel en la matière constate que la majorité des réclamations sont transmises de cette manière : J-P. Bonafé-Schmitt, « L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles », *Dr. soc.* 1981, p. 637

quelques jours auparavant. L'employeur soutenait qu'il s'agissait de la distribution d'un questionnaire revendicatif n'entrant pas dans les attributions des délégués du personnel. La chambre criminelle a approuvé les juges du fond d'avoir écarté cette argumentation pour retenir que le document litigieux « ne pouvait être qualifié de tract mais constituait un mode de consultation du personnel compatible avec les dispositions [de l'art. L. 424-3 alors applicable] du code du travail et que l'intervention des délégués s'inscrivait dans le cadre légal définissant les modalités d'exercice de leurs fonctions »⁶⁵⁴.

La loi pose précisément comme condition que l'intervention du délégué soit une *réclamation*. Et les juges interprètent strictement cette exigence. Est ainsi étranger aux attributions du délégué du personnel le fait de transformer des entretiens avec les salariés en manifestation revendicative⁶⁵⁵, ou de haranguer le personnel dans les ateliers pour les engager à prendre part à une journée nationale de défense de la sécurité sociale⁶⁵⁶, ou encore de se rendre auprès d'un syndicat patronal pour y déposer des pétitions alors que ce syndicat ne joue aucun rôle dans la direction de la société, que les revendications avaient un caractère général et que les pétitions avaient été signées par des salariés appartenant à différentes entreprises⁶⁵⁷.

Car l'action *revendicative* est exclue de leur domaine de compétence, à tout le moins lorsqu'il existe une ou plusieurs sections syndicales dans l'entreprise. Cette répartition est issue d'une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, l'arrêt *Citroën* du 24 mai 1973⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ Cass. crim. 27 septembre 1988, n° 87-81800, inédit

⁶⁵⁵ Cass. crim. 25 mai 1982, n° 81-93443, *Bull. crim.*, n° 135

⁶⁵⁶ CA Grenoble 18 juin 1984, *JCP* 1985, IV, p. 83

⁶⁵⁷ Cass. soc. 28 avril 1986, n° 84-12232, *Bull. V*, n° 146

⁶⁵⁸ n° 71-93051, *Bull. crim.* n° 239 ; *D.* 1973, p. 599 ; *JCP* 1974, éd G, II, 17651;

Dans cette affaire, les délégués du personnel de la société Citroën avaient présenté à la direction une demande d'augmentation du taux horaire de la rémunération et du salaire minimum garanti. Les responsables de l'entreprise s'y étaient opposés en répondant que de telles questions n'étaient pas de la compétence des délégués du personnel. Une action du chef d'entreprise aux fonctions des délégués était alors engagée. Elle débouchera sur une relaxe, décision confirmée en appel et par la Cour de cassation. C'est alors l'occasion pour la chambre criminelle de faire le point sur l'étendue de la mission des délégués du personnel. L'intérêt était majeur puisqu'il s'agissait également d'envisager les implications de la nouvelle loi du 27 décembre 1968 instituant les délégués syndicaux dans l'entreprise. Pour trancher cette question, la Cour ne pouvait se référer à des décisions antérieures, ni s'appuyer sur la doctrine, plus ancienne que la nouvelle réglementation. C'est alors au regard de la finalité des différentes institutions qu'il fallait statuer⁶⁵⁹. C'est donc ainsi qu'a raisonné la chambre criminelle en ayant pour objectif de « justifier les diverses institutions existantes » et de « modeler leurs fonctions sur les situations juridiques réelles »⁶⁶⁰. Elle décide donc en l'espèce que si, en l'absence de section syndicale d'entreprise, les délégués du personnel sont bien compétents pour présenter toutes les revendications émanant du personnel, leur compétence se retrouve au contraire limitée à la présentation des réclamations sur l'application du droit en cas d'existence d'une ou plusieurs sections syndicales d'entreprise. Particulièrement, en matière de salaire, « ils demeurent compétents pour présenter à l'employeur les réclamations relatives à l'application des taux de salaire, mais n'ont plus qualité pour lui présenter les demandes de modification de ces mêmes taux ». En procédant de la sorte, la Cour de cassation

⁶⁵⁹ N. Catala, observations sous Cass. crim. 24 mai 1973, *JCP* 1974, éd G, II, n° 17651

⁶⁶⁰ N. Catala, observations sous Cass. crim. 24 mai 1973, *op. cit.*

tente donc de clarifier la situation confuse née de la loi de 1968 et de répartir les compétences et les missions entre les délégués du personnel et les délégués syndicaux. Ainsi en cas de présence syndicale dans l'entreprise, les attributions des délégués du personnel ne doivent pas empiéter sur celles des délégués syndicaux. En revanche, en l'absence de délégués syndicaux, les délégués élus bénéficient d'une extension de compétence leur permettant de présenter à l'employeur des réclamations, mais aussi des revendications. Ainsi, comme le souligne Alain Coeuret⁶⁶¹, en la matière, « le juge pénal a le souci constant de délimiter les territoires respectifs des différentes institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, mais il entend le faire de telle façon que l'absence de telle ou telle institution puisse être palliée par la présence d'une autre dans la logique des mécanismes de suppléance parallèlement mis au point par le législateur ».

Confirmation de cette approche sera apportée par la suite, notamment dans un arrêt de la chambre criminelle du 26 janvier 1993⁶⁶² traitant des revendications salariales. Les demandes tendant à augmenter les salaires pour tout le personnel et les congés supplémentaires, à réévaluer diverses primes et à réduire la durée du travail sont des revendications et sont donc du ressort exclusif de la négociation collective, donc des syndicats. L'employeur doit alors être relaxé pour avoir répondu aux délégués du personnel qui présentaient lesdites revendications, que celles-ci ne relevaient pas de leurs attributions. La mission des délégués du personnel est donc bien limitée à l'application de la législation en vigueur en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise. En revanche, en l'absence de section syndicale, « la mission des délégués du

⁶⁶¹ A. Coeuret, « Délégués du personnel / délégués syndicaux. Où est la frontière entre leurs attributions respectives ? » *SSL* 4 septembre 2006, p. 6

⁶⁶² Cass. crim. 26 janvier 1993, n° 89-85389, *Bull. crim.*, n° 102, *Dr. soc.* 1993, p. 746, observations J. Savatier

personnel ne se limite pas, dans le domaine des salaires, aux seules réclamations ayant pour but l'application des règles de droit »⁶⁶³. Dans ce cas, les délégués du personnel doivent pouvoir présenter, sur la question des salaires, des réclamations aussi bien que des revendications.

Comme le note le professeur Savatier⁶⁶⁴, en pratique, peu d'employeurs, dans les PME, connaissent la subtile distinction entre réclamer l'application du droit et revendiquer l'amélioration des règles en vigueur. Et ce d'autant que, dans les entreprises ou établissements de moins de cinquante salariés, seuls les délégués du personnel peuvent être désignés comme délégués syndicaux⁶⁶⁵ ou représentants de la section syndicale⁶⁶⁶, et que dans les entreprises plus importantes, il est fréquent qu'un même travailleur cumule les fonctions de délégué du personnel et de délégué syndical.

Ces attributions conférées aux délégués du personnel sont protégées par la loi, notamment au moyen du délit d'entrave. D'une manière générale, l'employeur est donc susceptible d'être poursuivi s'il tente d'instituer des circuits parallèles incitant les salariés à transmettre leurs réclamations directement ou à d'autres intermédiaires. Ainsi, le fait pour la direction de faire décider par l'assemblée de son personnel que celui-ci n'aura plus recours désormais à l'intermédiaire des délégués du personnel est constitutif du délit d'entrave, car « si les salariés conservent la faculté de présenter eux-mêmes leurs réclamations à l'employeur et à ses représentants, il n'est pas permis audit employeur de leur faire prendre l'engagement de ne procéder désormais que de

⁶⁶³ Cass. crim. 26 janvier 1993, préc.

⁶⁶⁴ Observations préc.

⁶⁶⁵ C. trav. art. L 2143-6

⁶⁶⁶ C. trav. art. L. 2142-1-4

cette façon »⁶⁶⁷. De même, commet le délit d'entrave à l'exercice des fonctions des délégués du personnel, l'employeur qui fait décider par un vote de ses salariés que ceux-ci régleront directement avec lui « les problèmes ayant trait au bien être du personnel » et les incite par ce moyen à se passer de l'entremise desdits délégués.⁶⁶⁸ La création d'une structure dite « facilitateur de communication » destinée à permettre le règlement des « difficultés de communication relatives aux relations interpersonnelles » est également une atteinte aux prérogatives statutaires attachées par la loi à la qualité de délégué du personnel.⁶⁶⁹ L'employeur n'est pas privé de la possibilité de réunir son personnel en vue de favoriser une expression directe des réclamations, dès lors que les réunions sont organisées sans fraude⁶⁷⁰.

Au niveau de la procédure, l'employeur peut être poursuivi sur le fondement de l'entrave s'il impose aux délégués le respect d'un délai de six jours ouvrables pour remettre leurs notes écrites⁶⁷¹, ou si le registre n'est pas tenu⁶⁷².

Le délit d'entrave permet de faire en sorte que les prérogatives du délégué soient respectées. Mais cela n'est pas de nature à lui conférer un réel pouvoir. Bien au contraire, et à l'instar des autres institutions représentatives, l'instauration d'une protection des attributions du représentant conduit à reconnaître en réalité un pouvoir à l'employeur. Pouvoir que le législateur et le juge souhaitent encadrer. Nous rejoignons donc P. Lockiec sur ce point lorsqu'il constate que le pouvoir existe en fait à travers le contrôle dont il fait l'objet⁶⁷³. Comme le note

⁶⁶⁷ Cass. crim. 3 juillet 1968, n° 67-93637, *Bull. crim.* n° 216

⁶⁶⁸ Cass. crim. 10 mars 1970, n° 69-90632, *Bull. crim.* n° 98

⁶⁶⁹ Cass. crim. 20 mars 1984, n° 83-93403, *Bull. crim.* n° 118 ; *JCP* 1984, éd G, IV, p. 168

⁶⁷⁰ Cass. soc. 1er juillet 1985, n° 82-43308, *Bull. V*, n° 379

⁶⁷¹ Cass. crim. 4 octobre 1977, *Bull. crim.*, n° 287

⁶⁷² Cass. crim. 2 juin 1976, *Bull. crim.*, n° 196

⁶⁷³ *Contrat et pouvoir – essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004

également le professeur Savatier⁶⁷⁴, l'obligation faite au chef d'entreprise de répondre par écrit aux demandes formulées par les délégués du personnel, est « une application de l'exercice unilatéral du pouvoir de direction appartenant à l'employeur. Celui-ci répond aux suppliques et doléances des représentants élus de son personnel, sans avoir à rechercher d'accord avec eux ».

La faculté de présenter des réclamations ne constitue pas un pouvoir accordé aux délégués du personnel, dans la mesure où ils ne disposent pas de réelle liberté dans l'exercice de leur prérogative. C'est un droit-fonction qui leur est reconnu.

§2. Le droit de collaborer avec les autres institutions du personnel

En l'absence de comité d'entreprise et de comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, un certain nombre de leurs attributions sont dévolues aux délégués du personnel⁶⁷⁵. Mais ces représentants ont aussi un rôle à jouer en leur présence.

Lorsque l'entreprise dispose d'un comité d'entreprise, les délégués du personnel ont alors « qualité pour lui communiquer les suggestions et observations du personnel sur toutes les questions entrant dans la compétence du comité »⁶⁷⁶. Il peut donc s'instaurer entre les deux institutions une collaboration qui sera d'autant plus précieuse que les informations échangées sont de nature

⁶⁷⁴ « Les attributions des délégués du personnel », *Dr. soc.* 1993, p. 746

⁶⁷⁵ Les articles L. 2313-13 à L.2313-16 du Code du travail prévoient qu'en l'absence de comité d'entreprise ou de comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les délégués du personnel exercent les missions attribuées à ces institutions. Nous renvoyons donc sur ces sujets aux études menées *supra*. Une différence doit cependant être notée concernant l'exercice des activités sociales et culturelles. L'article L. 2313-15 du Code dispose que les institutions sociales sont gérées conjointement avec l'employeur. Les délégués du personnel ne disposent donc pas des mêmes pouvoirs que les membres du comité d'entreprise sur cette question.

⁶⁷⁶ C. trav. art. L. 2313-9

différente. Proches de la base, les délégués du personnel peuvent alerter le comité d'entreprise sur des faits concrets, individuels ou collectifs, tandis que le comité d'entreprise dispose d'importantes informations d'ordre économique⁶⁷⁷. Le droit pour les délégués de s'adresser au comité ne porte pas atteinte à celui des salariés de faire part de leurs réclamations aux membres du comité qui éventuellement les transmettront à l'employeur⁶⁷⁸.

Une prérogative de même nature est prévue à l'égard du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁶⁷⁹. Cette extension s'harmonise avec les compétences des délégués en matière d'hygiène et de sécurité, de sorte que le dialogue entre les deux institutions ne peut qu'accroître la prévention des accidents du travail et l'amélioration des conditions de travail.

Cette faculté qui est reconnue aux délégués du personnel de communiquer avec les autres institutions représentatives ne peut être qualifiée de pouvoir. Il ne s'agit en fait que d'un échange d'informations, d'un dialogue non contraignant et non réglementé.

Section 2 : La fonction de contrôle des délégués du personnel

Les délégués du personnel ont été conçus par le législateur comme un outil de contrôle de l'application des dispositions qui régissent le statut et les

⁶⁷⁷ En pratique, les suggestions et observations seront transmises sous la forme d'une note écrite au président du comité et à son secrétaire. Il est également possible que le comité entende les délégués sur les suggestions qu'ils ont à formuler.

⁶⁷⁸ Cass. soc. 8 juillet 1982, préc.

⁶⁷⁹ C. trav. art. L. 2313-9 alinéa 2

conditions de travail du personnel. C'est l'idée qui présidait à leur création et qui sous-tend encore le droit positif.

Ils disposent de prérogatives particulières en matière de droit des personnes et de libertés fondamentales⁶⁸⁰, mais sont-ils, pour autant, titulaires d'un pouvoir de contrôle général sur l'application des dispositions légales dans l'entreprise ?

§1. Le droit de contrôle sur l'application générale des dispositions légales

A. L'absence de droit général à l'information

Dans certaines hypothèses, le Code du travail reconnaît expressément au délégué du personnel un droit d'accès à certains documents ou à certaines informations. Ainsi en est-il du registre du personnel qui est tenu à leur disposition⁶⁸¹, de certains contrats précaires ou aidés dont ils peuvent prendre connaissance⁶⁸² ou des attestations, consignes, résultats et rapports relatifs aux vérifications et contrôles mis à la charge de l'employeur au titre de la santé et de la sécurité au travail⁶⁸³. Ils sont également informés lorsque le chef d'entreprise adhère à un groupement d'employeur⁶⁸⁴. Par ailleurs, certaines données leur sont transmises à l'occasion de leur consultation⁶⁸⁵.

Mais disposent-ils d'un droit général à l'information, en dehors des missions particulières que la loi leur confie ?

⁶⁸⁰ C. trav. art. L. 2313-2

⁶⁸¹ C. trav. art. L. 1221-15

⁶⁸² C. trav. art. L. 2313-5

⁶⁸³ C. trav. art. L. 4711-4

⁶⁸⁴ C. trav. art. L. 1253-7

⁶⁸⁵ Cf *infra*

Il semble que non, au vu d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 10 mai 2006⁶⁸⁶. Dans cette affaire, les dirigeants avaient été cités au motif d'entrave à l'exercice des fonctions des délégués du personnel pour avoir refusé de leur communiquer un rapport détaillé sur la rémunération et la situation comparée de l'ensemble des salariés de leur délégation. Alors qu'ils sont condamnés en première instance et en appel, la haute juridiction censure l'arrêt d'appel. L'arrêt attaqué relevait que dans le cadre de leur mission, les délégués du personnel devaient veiller à l'application des accords collectifs ou d'entreprise sur le temps de travail, la rémunération et les primes prévues dans certaines situations particulières. Pour être en mesure d'accomplir cette mission, ils devaient donc pouvoir disposer d'informations sur le statut du personnel (situation de famille...) et sur la rémunération. Par ailleurs, la Cour d'appel relève, qu'étant gardiens des libertés et des droits de la personne, ces informations pouvaient éventuellement leur permettre de constater une discrimination ou un harcèlement. Cependant, la Cour de cassation décide que ces informations excèdent manifestement le cadre des prérogatives des délégués du personnel et certaines d'entre elles relèvent du comité d'entreprise ou des délégués syndicaux. Or, il est nécessaire d'éviter tout empiètement d'une institution sur l'autre. Nous avons pu déterminer que la mission de contrôle du fonctionnement social de l'entreprise et de l'application de la législation du travail appartenait aux délégués syndicaux, qui disposaient à ce titre d'un droit général à l'information⁶⁸⁷. Le même droit et les mêmes moyens ne peuvent, à l'évidence, être accordés au délégué du personnel. La mission de ce dernier est tout autre et ne se situe pas au même niveau. Elle s'insinue, comme le note le

⁶⁸⁶ n° 05-83835, *Dr. soc.* 2006, p. 1017, observations F. Duquesne ; *SSL* 4 septembre 2006, p. 6, observations A. Coeuret

⁶⁸⁷ cf *supra*

professeur Duquesne⁶⁸⁸, « dans le rapport individuel de travail. Elle porte sur l'intérêt particulier, que celui-ci s'exprime de manière isolée ou collective ».

Dans ces conditions, un droit général à l'information ne peut lui être reconnu.

B. Le droit de saisir l'inspecteur du travail

Le délégué du personnel a également pour mission, selon l'article L. 2313-1 du Code du travail de « saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle ». Il joue le rôle d'informateur privilégié de l'administration du travail sur les défaillances dont le responsable de l'entreprise peut se rendre coupable. Evidemment, il demeure possible pour chaque salarié de s'adresser directement aux services de l'inspection du travail.

Le délégué est donc investi d'un droit de surveillance sur l'ensemble des normes applicables dans l'entreprise. Cependant, d'une part ce droit n'est pas exclusif, et d'autre part, la liberté dont dispose le titulaire de mandat dans l'exercice de cette prérogative est très limitée. Il ne peut donc s'agir d'un pouvoir. Aucune disposition ne prévoit en outre l'obligation pour l'inspection du travail de faire suite aux observations formulées. Ainsi ce dernier, saisi par un délégué du personnel, peut-il décider qu'il n'y a pas matière à dresser un procès-verbal⁶⁸⁹. L'inspecteur du travail est « libre de donner des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites »⁶⁹⁰.

Lorsque l'inspecteur du travail qui a en charge l'entreprise procède à une visite des bureaux ou ateliers, il doit se faire accompagner par le délégué

⁶⁸⁸ « Contours du droit à l'information des délégués du personnel », *Dr. soc.* 2006, p. 1017

⁶⁸⁹ CE 3 octobre 1997, n° 161520, *RJS* 12/1997, n° 1418

⁶⁹⁰ art. 17 de la convention n° 81 de l'OIT concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce

compétent si celui-ci le souhaite⁶⁹¹. Selon la circulaire n°5 du 28 juin 1984⁶⁹², l'obligation pour l'inspecteur du travail de se faire accompagner par les délégués du personnel ne s'applique pas lorsque c'est l'inspecteur lui-même qui prend l'initiative de se rendre dans l'établissement. L'inspecteur du travail doit donc informer le délégué de sa visite, si ce dernier l'a sollicité ; dans le cas contraire, il a la possibilité et non l'obligation, de se faire accompagner. Quant au délégué du personnel, il ne peut imposer sa présence que si la venue de ce dernier fait suite à une saisine de sa part.

Enfin, durant la visite et à l'issue de celle-ci, il ne pourra que formuler des observations et des suggestions ; libre à l'inspecteur du travail d'y donner la suite qu'il juge opportune.

C. Le droit d'exprimer un avis

Un certain nombre de dispositions du Code du travail prévoient une consultation des délégués du personnel avant une décision patronale. Leur avis doit ainsi être recueilli à propos du reclassement des salariés rendus inaptes suite à un accident de travail ou à une maladie professionnelle⁶⁹³, préalablement aux décisions de report d'une demande de prise de repos compensateur⁶⁹⁴, sur le projet d'instituer une délégation unique du personnel dans les entreprises de moins de deux cents salariés⁶⁹⁵, avant les décisions d'arrêt de travail pour intempéries dans les entreprises de bâtiment et de travaux publics⁶⁹⁶, au sujet de la détermination de la période de congés payés⁶⁹⁷ et l'ordre des départs⁶⁹⁸, et en

⁶⁹¹ C. trav. art. L. 2313-11

⁶⁹² BO trav. 84-31, n° 12875

⁶⁹³ C. trav. art. L. 1226-10

⁶⁹⁴ C. trav. art. D. 3121-11

⁶⁹⁵ C. trav. art. L. 2326-1

⁶⁹⁶ C. trav. art. L. 5424-9

⁶⁹⁷ C. trav. art. L. 3141-13

cas de licenciements économiques dans les entreprises de moins de cinquante salariés⁶⁹⁹.

Pour toutes les hypothèses précitées, l'avis n'est recueilli qu'à titre consultatif et répond donc aux règles que nous avons pu déterminer précédemment. Certes, cette prérogative est protégée, soit par le délit d'entrave, soit par une infraction spécifique dans le cas de la consultation sur l'ordre des départs⁷⁰⁰ ; cependant, la liberté de choix dans les moyens d'agir étant limitée, il ne peut s'agir d'un réel pouvoir.

Une exception doit néanmoins être notée. Lorsque que le congé annuel s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel⁷⁰¹. Dans ce cas, la situation est bien différente puisqu'il n'est pas possible de passer outre un refus des délégués. Les éléments constitutifs d'un pouvoir sont alors ici réunis : prise de décision, liberté et faculté d'imposer celle-ci. Il ne s'agit cependant que d'un cas isolé.

⁶⁹⁸ C. trav. art. L. 3141-14

⁶⁹⁹ C. trav. art. L. 1233-8 et L. 1233-28

⁷⁰⁰ C. trav. art. R. 3143-1

⁷⁰¹ C. trav. art. L. 3141-20. En revanche, l'avis conforme des délégués du personnel, en cas de fractionnement du congé avec fermeture de l'entreprise, n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de la cinquième semaine (Cass. ch. mixte 10 déc. 1993 [2 arrêts], n° 87-45188 et 87-42652, *Bull ch.mixte*, n° 1 et 2)

*D. Le droit de désigner les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*⁷⁰²

Selon l'article L. 4613-1 du Code du travail, « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail comprend l'employeur et une délégation du personnel dont les membres sont désignés par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise et les délégués du personnel ».

Une controverse est née sur la dénomination de ce collège chargé de la désignation. Fallait-il parler de collège désignatif, et en déduire, comme certains commentateurs l'ont fait, que le terme de désignation utilisé par l'article L. 4613-1 exclut l'élection ; ou fallait-il préférer le terme de collège électoral ? La Cour de cassation a choisi de qualifier cet ensemble de collège « désignatif ». Mais elle déclare dans le même temps que ce collège procède à une élection⁷⁰³. Cependant, le principe du vote est acquis désormais et il constitue même une condition nécessaire afin de pouvoir bénéficier de la procédure spéciale de licenciement prévue par l'article L. 2411-13⁷⁰⁴.

En votant, les représentants du personnel exercent une prérogative. Et l'exercice de cette prérogative est opposable aux tiers, notamment à l'employeur qui, par exemple, ne participe pas au vote. Certes, ce dernier peut contester la désignation, selon les modalités des articles R. 4613-11 et R. 4613-12 du Code du travail, mais il ne s'agit que de faire respecter les prescriptions légales et cela ne remet pas en cause les prérogatives du collège.

⁷⁰² Pour des précisions pratiques et techniques concernant la désignation, voir notamment J. Savatier, « La désignation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 297 et *Dr. soc.* 1989, p. 645

⁷⁰³ Cass. soc. 21 janvier 1988, n° 86-60530 *Dr. soc.* 1987, observations J. Savatier ; Cass. soc. 16 janvier 2008, n° 06-15679, *Bull. V*, n° 7

⁷⁰⁴ Cass. soc. 28 novembre 2006, n° 04-45548, *Bull. V*, n° 356

Les membres peuvent également faire respecter leur droit à désigner le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Une action pour entrave contre un employeur qui s'opposerait au principe de ce vote ou qui y ferait obstacle est parfaitement envisageable.

Mais, une fois encore, les actions offertes n'ont pour objet que de défendre l'existence et l'exercice par ses titulaires de la prérogative en question. À aucun moment ces derniers ne sont en mesure d'imposer une décision contraignante. En ce sens, leur liberté d'action est limitée et la désignation des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail constitue un droit-fonction et non pas un pouvoir.

§2. Le droit de veiller au respect des droits des personnes et des libertés fondamentales

Depuis la loi du 31 décembre 1992⁷⁰⁵ relative au recrutement et aux libertés individuelles, les délégués du personnel jouent un rôle central dans la mise en œuvre d'une procédure d'alerte puisqu'ils disposent de la possibilité de saisir l'employeur lorsqu'ils constatent une atteinte aux droits des personnes, à leur santé mentale ou physique ou aux libertés individuelles⁷⁰⁶. L'employeur saisi est tenu de procéder sans délai à une enquête avec le délégué, et de prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou si la réponse ou la solution apportée n'est pas satisfaisante, le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes peut être saisi en formation de référé par le salarié ou le délégué. Les prérogatives de ce dernier sont en la matière relativement étendues.

⁷⁰⁵ n° 92-1446

⁷⁰⁶ C. trav. art. L. 2313-2

Tout d'abord, l'atteinte portée aux libertés dans l'entreprise peut être constatée, « notamment par l'intermédiaire d'un salarié ». Ce qui implique que le délégué du personnel peut relever lui-même l'irrégularité. Dans ce cas, et comme le suggère le professeur Duquesne⁷⁰⁷, le droit à l'information du délégué devrait être élargi. Sous l'angle de la protection des droits et des libertés, et contrairement à ce que nous avons pu déterminer précédemment, la demande d'information en amont du délégué ne devrait pas être contestable. Cependant, d'une part, la formulation générale employée par le Cour de cassation dans sa décision du 10 mai 2006⁷⁰⁸ ne distingue pas selon les prérogatives " traditionnelles" ou spécifiques des délégués et d'autre part, quand bien même le droit à l'information serait étendu, cela demeure un simple droit à l'information. Il ne s'agit en aucun cas d'un authentique pouvoir.

Il en est de même dans les phases ultérieures de la procédure. Le Code du travail dispose en effet que, saisi par le délégué du personnel, « l'employeur procède sans délai à une enquête ». L'emploi de l'indicatif induit certes une obligation à la charge du chef d'entreprise, mais elle n'est que la manifestation de l'opposabilité aux tiers de la prérogative détenue par le délégué du personnel. La liberté dans le choix des moyens d'agir est limitée.

Enfin, si l'employeur se refuse à donner suite à cette alerte, le délégué peut saisir le conseil de prud'hommes. Cette possibilité se veut sans conteste dissuasive et

⁷⁰⁷ « Contours du droit à l'information des délégués du personnel », préc.

⁷⁰⁸ n° 05-83835, préc.

visé à favoriser un règlement amiable de la situation. Il s'agit en rien de la manifestation d'un pouvoir⁷⁰⁹.

Le fait que l'action des délégués du personnel s'exerce dans l'intérêt essentiellement individuel des salariés explique, en partie, leur absence de pouvoir. Leur rôle n'est pas d'intervenir dans la gestion de l'entreprise et, en ce sens, l'attribution de pouvoir n'est pas réellement une nécessité. De simples droits-fonctions sont alors suffisants.

Mais qu'ils soient titulaires de pouvoirs ou de droits-fonctions, les représentants du personnel, dans l'exercice de leur mission, ne peuvent échapper à toute responsabilité.

⁷⁰⁹ Même si la Cour de cassation dans une décision du 10 décembre 1997 (n° 95-42661, *Bull. V*, n° 434 ; *Dr. soc.*1998, p. 127, observations B. Bossu) lui reconnaît cette autorité en affirmant que l'article L. 422-1-1 [alors applicable] du Code du travail, confère au délégué du personnel « *le pouvoir* d'agir à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles ».

Seconde partie : La responsabilité des institutions représentatives du personnel

Une fois les domaines respectifs des droits-fonctions et des pouvoirs des institutions représentatives du personnel identifiés, surgit la question de la responsabilité attachée à ces prérogatives. A l'instar de toute fonction sociale, l'exercice de celles-ci ne saurait être placé sous le régime de l'impunité. Le législateur a d'ailleurs montré la voie en la matière. Mais ses indications sont limitées car seules quelques hypothèses de mise en jeu de la responsabilité des titulaires de mandat de représentation en entreprise sont envisagées à l'occasion de la violation du secret professionnel ou encore de l'obligation de confidentialité.

La reconnaissance du lien unissant l'exercice d'un pouvoir à la recherche d'une responsabilité ne pose guère de difficulté. En droit du travail, l'exemple de la situation de l'employeur et l'importance des délégations de pouvoir que celui-ci peut consentir⁷¹⁰ en vue de la détermination de la personne juridiquement responsable suffit à convaincre de l'effet de l'un sur l'autre.

⁷¹⁰ En matière d'hygiène et de sécurité par exemple

S'agissant des institutions représentatives du personnel, nous avons pu relever que, dans les cas où il était envisagé d'étendre ou de créer des pouvoirs à leur bénéfice, la question de la responsabilité en découlant était au cœur du débat et a finalement fait échouer les discussions⁷¹¹.

Quant à la recherche d'un lien associant à l'exercice d'un droit une responsabilité, *a priori* moins évidente, elle paraît néanmoins une nécessité car si l'existence d'une responsabilité était limitée aux seuls pouvoirs des représentants du personnel, en pratique, l'activité de ces derniers échapperait quasiment à tout contrôle.

Il ne faut pourtant pas oublier les spécificités découlant de l'exercice d'une fonction représentative dans l'entreprise. Les titulaires de mandat sont au service des salariés subordonnés et exercent leur mission dans l'intérêt de ceux-ci, mais ils sont également eux-mêmes salariés, soumis à l'autorité de l'employeur. La mise en jeu de leur responsabilité pourrait venir de ces deux sources, et s'accompagne de sanctions différentes.

L'examen des conditions de mise en jeu de la responsabilité des institutions représentatives va contribuer à révéler et à préciser ces particularités. Elle convie, d'une part, à se pencher sur le fondement d'une telle responsabilité (Titre I), d'autre part à analyser les modalités de l'action tendant au déclenchement de celle-ci (Titre II).

⁷¹¹ Pouvoirs du CHSCT en matière de retrait ou d'arrêt des machines

Titre I : Le fondement de la responsabilité

Déterminer le fondement de la responsabilité des institutions représentatives ne peut résulter que d'une étude séparée des droits-fonctions et des pouvoirs. Les titulaires de mandats disposent, nous l'avons vu, de droits-fonctions plus que de véritables pouvoirs, lesquels sont, d'ailleurs, pour l'essentiel, accordés au comité d'entreprise. Mais ce qui justifie qu'ils soient regroupés par catégorie est que les traits communs qui ont pu être dégagés pour chacun de ces groupes vont nécessairement influencer sur le type de responsabilité susceptible d'être mise en jeu. Celle-ci n'est pas nécessairement plus importante dans les cas où sont reconnus d'authentiques pouvoirs, car la théorie de l'abus permet, entre autres, de contrôler efficacement les droits-fonctions. La responsabilité dans l'exercice des droits-fonctions (Chapitre I) précédera donc celle issue de l'exercice du pouvoir (Chapitre II).

Chapitre I : La responsabilité dans l'exercice des droits-fonctions

Les droits-fonctions, dont sont titulaires les représentants du personnel, sont doublement circonscrits. Ils le sont tout d'abord dans leur contenu, ce que certains auteurs nomment leurs limites externes⁷¹² : il y a ce que le titulaire du droit peut faire et ce qu'il ne peut pas faire⁷¹³. Ils le sont également dans leur exercice, ce qui, par opposition, peut être appelé la limitation interne : ce que le titulaire d'un droit peut faire, il ne peut pas le faire de n'importe quelle manière⁷¹⁴. Au dépassement des limites externes correspond l'hypothèse du défaut de droit (Section 2) ; au franchissement des limites internes, celle de l'abus de droit (Section 1). Par ailleurs, et cette question est malheureusement souvent négligée, le droit-fonction, à l'instar de tout droit subjectif⁷¹⁵, porte en lui le germe du devoir. Et cette caractéristique est particulièrement marquée dans son cas. C'est, d'ailleurs, ce qui le différencie vraiment du pouvoir : le titulaire d'un droit-fonction n'a pas le choix d'agir, il en a le devoir. Le manquement à cette obligation peut, ainsi, également fonder la responsabilité (Section 3).

⁷¹² J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd, 1994

⁷¹³ Exemple donné par les auteurs précités : un propriétaire peut construire sur son terrain, il ne peut pas empiéter sur celui du voisin ; des ouvriers peuvent se mettre en grève, ils n'ont pas le droit de séquestrer leur employeur.

⁷¹⁴ « Les prérogatives accordées à une personne par la loi ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice » : J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-magnan, préc.

⁷¹⁵ P. Coulombel, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, LGDJ, 1969 : « Il y a un élément de devoir social dans tout droit subjectif ».

Section 1 : L'abus de droit

Traditionnellement, la notion d'abus de droit s'ordonne autour de deux conceptions extrêmes. Selon la première, l'abus est reconnu lorsqu'un individu, sans dépasser les limites objectives de son droit, se sert de celui-ci pour nuire à autrui⁷¹⁶. Selon cette approche, il n'y a pas à analyser la finalité du droit, l'abus existera lorsque l'application de celui-ci sera tout à la fois inutile pour le titulaire et préjudiciable au défendeur⁷¹⁷. À l'opposé de cette analyse, est considéré comme abusif tout exercice du droit à des fins autres que celles en vue desquelles il a été reconnu à l'individu⁷¹⁸. Dans ce cas, le contenu psychologique de l'abus est très faible, puisqu'il suffit de rechercher si l'activité entre bien dans les prévisions du législateur. A ces deux conceptions, Pascal Bathmanabane⁷¹⁹ en a ajouté une autre, concernant spécifiquement le droit syndical. Relève de l'abus de droit, selon cet auteur, tout détournement de la fonction sociale et économique du droit dans le but d'en retirer un avantage supérieur ou différent de celui qu'aurait procuré l'exercice normal du droit et causant un préjudice à autrui⁷²⁰.

L'abus de droit, appliqué aux prérogatives des représentants du personnel, ne peut être défini uniformément. La notion, en pratique, est protéiforme. De nombreuses décisions concernant l'exercice des fonctions représentatives

⁷¹⁶ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^{ème} éd, 2006

⁷¹⁷ L. Cadet, Ph. Le Tourneau, *Abus de droit*, Rép. Trav. Dalloz

⁷¹⁸ L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} éd, 1939 : l'abus est « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité ».

⁷¹⁹ P. Bathmanabane, *L'abus du droit syndical*, LGDJ, 1993

⁷²⁰ Ce faisant, l'auteur considère que la notion d'abus de droit est également un instrument de « bornage du droit », c'est-à-dire qui permet de déterminer ce qui est autorisé ou non. Cependant, cet aspect relève davantage, selon nous, du défaut de droit.

mobilisent le concept de conformité⁷²¹, ou de normalité⁷²². Cela implique de désigner une référence ou une finalité⁷²³ afin de déterminer ce qui est conforme ou normal. Partant de ce constat, l'abus de droit, dans ce contexte, se rapprocherait de la conception objective (ou finaliste) de Josserand : il serait constitué par un acte contraire au but fixé. C'est dans ce sens que se prononce la Cour de cassation le 4 février 1976 en indiquant que « si le droit d'afficher des communications syndicales s'exerce librement dans l'entreprise, il ne peut être détourné de son but »⁷²⁴ (§1). Mais cette approche ne sied pas à tous les droits dont disposent les institutions représentatives. Pour certains, la jurisprudence mobilise le concept d'intention de nuire (§2). Pour d'autres enfin c'est une approche totalement spécifique qui est adoptée (§3).

§1. L'abus de droit caractérisé par un acte contraire à l'intérêt des salariés

A. La finalité attribuée aux prérogatives des représentants du personnel

Le but fixé par le législateur aux droits-fonctions dont sont titulaires les représentants du personnel, est l'intérêt des salariés. Ce concept est omniprésent dans les relations collectives de travail.

⁷²¹ « Utilisation du crédit d'heures à des fins non conformes » : CAA Versailles 13 juillet 2007, n° 05VE02252, inédit ; « utilisation non conforme à l'exercice du mandat » : Cass. soc. 13 décembre 1988, n° 86-40765, *Bull. V*, n° 657

⁷²² « Fonctions représentatives normalement exercées », « exécution normale du mandat » : CE 5 mai 1976, n° 98647

⁷²³ « Utilisation du crédit d'heures à des fins non conformes » : CAA Versailles 13 juillet 2007, préc. ; « utilisation des heures de délégation à d'autres fins » : CE 21 juin 1991, n° 80006, *Jurisp. soc. UIMM* 1991, p. 454

⁷²⁴ Cass. soc. 4 février 1976, n° 75-40008, *Bull. V*, n° 64

L'idée a été initiée par les arrêts Perrier du 21 juin 1974⁷²⁵. Elle a ensuite été reprise par le Conseil d'Etat dans l'arrêt SAFER d'auvergne⁷²⁶ et se retrouve désormais dans toutes les décisions administratives qui se prononcent sur le licenciement des salariés protégés. La formule est maintenant bien établie : « les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient, *dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent*, d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun ».

Cette notion est aussi, et surtout, perceptible dans le contenu de la mission des représentants du personnel⁷²⁷, que cela concerne sa prise en compte⁷²⁸, sa défense⁷²⁹, ou qu'il y soit fait référence de manière plus indirecte⁷³⁰. Par conséquent, si la mission de ces représentants doit être exercée dans l'intérêt des salariés, les droits qui leur sont accordés pour sa mise en œuvre doivent également répondre à cet objectif. Le juge veille au respect de cette orientation. Il existe une finalité⁷³¹ dans l'exercice de la mission des représentants du personnel et cette finalité est l'intérêt de la collectivité qu'ils représentent. Ainsi, dans une décision du 25 mai 1982⁷³², la chambre criminelle a très clairement affirmé que constituait un abus le fait pour un délégué syndical de détourner de leur objet les prérogatives qui lui sont accordées et que cet objet doit être limité

⁷²⁵ Cass. Ch mixte 21 juin 1974, n° 71-91225, *Dr. soc.* 1974, p. 454 avec les conclusions du Procureur général Touffait.

⁷²⁶ CE 5 mai 1976, n° 98647, *JCP* 1976, éd G, II, n° 18429, observations J-P. Machelon

⁷²⁷ *Cf supra* 1^{ère} partie

⁷²⁸ C. trav. art. L. 2323-1 concernant le comité d'entreprise

⁷²⁹ C. trav. art. L. 2131-1 concernant les syndicats et donc indirectement les délégués syndicaux.

⁷³⁰ C. trav. art. L. 4612-1 concernant le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ; et L. 2313-1 concernant les délégués du personnel.

⁷³¹ « Utilisation du crédit d'heures à des fins non conformes » : CAA Versailles 13 juillet 2007, préc. ; « utilisation des heures de délégation à d'autres fins » : CE 21 juin 1991, n° 80006, *Jurisp. soc. UIMM* 1991, p. 454

⁷³² Cass. crim. 25 mai 1982, n° 81-93443, *Bull. crim.*, n° 135

à la défense des intérêts professionnels des salariés. Les juges semblent donc considérer, à juste titre, que l'abus de droit réside dans le fait, pour le représentant du personnel, de détourner de leur objet les droits que la loi lui accorde dans l'intérêt de la collectivité qu'il représente.

L'étude de la jurisprudence sur le droit aux heures de délégation, le droit de circulation ou d'expression nous permet d'appréhender ce que peut représenter l'intérêt des salariés et envisager de l'appliquer aux autres droits-fonctions.

B. Le non-respect de l'intérêt des salariés

1. La satisfaction d'un intérêt personnel

Les activités purement personnelles ne sont, par définition, pas exercées dans l'intérêt des salariés et ne peuvent donc être imputées sur le crédit d'heures. Tel est le cas pour un membre du comité d'entreprise qui se renseigne sur ses prérogatives et sur la protection dont il dispose⁷³³. Il en est également ainsi du fait de réparer le bateau d'un ami⁷³⁴, de se rendre dans un club sportif⁷³⁵ ou d'aller chercher sa voiture à la fourrière⁷³⁶ ! Constitue pareillement une utilisation anormale des heures de délégation le fait d'aller une journée entière à la chasse⁷³⁷, d'effectuer des travaux dans un immeuble en réfection⁷³⁸ ou d'exercer une activité libérale⁷³⁹...

En règle générale, la distinction entre ce qui est strictement personnel et ce qui relève de l'intérêt de la collectivité est assez aisée. Il est en revanche des

⁷³³ Cass. crim. 16 décembre 1977, n° 76-93254, *Bull. crim.*, n° 401

⁷³⁴ Cass. soc. 27 novembre 1985, n° 84-40255, *Bull. V.*, n° 557

⁷³⁵ CE 7 mars 1994, n° 116932, *Jurisp. soc. UIMM* 1994, p. 257

⁷³⁶ CAA Versailles 13 juillet 2007, n° 05VE02252, inédit

⁷³⁷ CE 22 février 1989, n° 66598, *Jurisp. soc. UIMM* 1989, p. 371

⁷³⁸ CE 15 mai 1996, n° 132350, inédit

⁷³⁹ CE 21 juin 1991, n° 80006, *Jurisp. soc. UIMM* 1991, p. 454

cas plus complexes où l'intérêt des salariés est recherché de manière plus subtile.

Ainsi en est-il de la question de l'imputation, sur les heures de délégation, du temps passé par un salarié à assurer sa propre défense en justice. Si la chambre sociale a considéré que les heures de délégation ne peuvent être utilisées pour assurer la propre défense du salarié lorsque le litige qui l'oppose à l'employeur est d'ordre personnel⁷⁴⁰, l'Assemblée plénière, quant à elle, a décidé que « en assurant sa propre défense lors d'une contestation par l'employeur de l'utilisation des heures de délégation, un délégué du personnel est dans l'exercice de son mandat »⁷⁴¹. Dans cette affaire, a été rejeté l'argument du conseil de prud'hommes selon lequel « il serait anormal, voire indécent de demander à l'employeur, par le biais du paiement des heures de délégation, de payer la propre défense du salarié, alors que celui-ci est opposé précisément à son employeur ; et que si tel était le cas, l'égalité entre salariés, selon qu'ils sont délégués du personnel ou non, serait rompue en ce qui concerne l'accès à la justice, les premiers pouvant y accéder plus facilement que les seconds ». Cela se justifie pleinement dans la mesure où, comme le note le professeur Verdier, « un salarié ordinaire assigné par l'employeur défend par hypothèse sa situation personnelle alors qu'un délégué dont l'utilisation du crédit d'heures est contestée défend les conditions et les modalités d'exercice d'un mandat dont il est investi *dans l'intérêt de l'ensemble des salariés de l'entreprise* »⁷⁴². La

⁷⁴⁰ Cass. soc. 10 octobre 1989, n° 87-45163, inédit

⁷⁴¹ Cass. Ass. Plén. 31 octobre 1996, n° 91-44770, *Bull. Ass. Plén*, n° 7 et *Dr. soc.* 1997, p. 270, observations J-M. Verdier.

Voir précédemment à propos d'un délégué syndical et d'un délégué du personnel : Cass. soc. 23 janvier 1990, n° 86-43817 et 86-43815, *Bull. V*, n° 21

⁷⁴² Observations préc.

distinction se ferait alors selon qu'est en cause ou non l'exercice du mandat par son titulaire, avec, en arrière plan, l'idée de la défense de l'intérêt des salariés⁷⁴³. Les difficultés ne sont pas épuisées pour autant. Le délégué du personnel dispose, en vertu de l'article L. 2313-2 du Code du travail, de la possibilité de saisir la justice pour faire cesser toute atteinte portée aux droits des personnes ou aux libertés individuelles. La question est de savoir si ce dernier est dans l'exercice de sa mission lorsqu'il présente une demande de ce type pour son compte. La Cour de cassation a répondu par l'affirmative : « le temps consacré par un délégué du personnel, victime d'une discrimination illicite, à faire valoir ses droits en justice, doit être imputé sur ses heures de délégation »⁷⁴⁴. J-E. Ray relève qu'il s'agit dans ce cas de la défense de libertés « très individuelles »⁷⁴⁵ ! Par ailleurs, le nombre d'heures de délégation dont dispose le délégué va se trouver amputé par cette action, réduisant d'autant le solde disponible pour défendre les intérêts des autres travailleurs de l'entreprise⁷⁴⁶. Il n'est donc pas certain, dans ce cas, que les intérêts des autres salariés soient bien pris en compte et défendus. Solution d'autant plus inégale que ces autres employés, qui peuvent également être victimes de discrimination, n'ont pas la possibilité de se faire payer le temps passé à assurer leur propre défense. La rupture d'égalité entre les salariés ordinaires et les salariés protégés se justifie pleinement, nous l'avons vu, dans certaines hypothèses où l'exercice du mandat est en cause. Protéger les représentants du personnel contre toute discrimination ou atteinte à leur statut se conçoit si ce régime « exceptionnel et exorbitant du droit

⁷⁴³ « L'idée sous-jacente serait alors que, chaque fois que les conditions pratiques d'exercice du mandat représentatif sont en jeu, en assurant sa propre défense, le représentant des salariés est dans l'exercice de son mandat » : J-M. Verdier préc.

⁷⁴⁴ Cass. soc. 26 mai 1999, n° 97-40966, *Bull. V*, n° 238 et *Dr. soc.* 1999, p. 773, observations C. Radé

⁷⁴⁵ J.Cl. Travail traité, Fasc 15-90, spéc. n° 86

⁷⁴⁶ Certes, le délégué pourra réclamer à l'employeur une majoration de son quota en raison de « circonstances exceptionnelles ». Cependant, le régime de ces heures est plus contraignant.

commun »⁷⁴⁷ permet au délégué d'assurer sa mission de la manière la plus efficace possible et sans crainte de représailles. Cela est, en revanche, beaucoup plus discutable si ce traitement dérogatoire conduit à favoriser certains salariés de l'entreprise sans justification légitime. Il est, en effet, très difficile, dans l'affaire précitée, de rattacher ce droit du délégué à l'intérêt des salariés de l'entreprise. Comme le note C. Radé, « non seulement la discrimination dont se plaignait le salarié portait sur ses convictions syndicales et non pas directement sur sa qualité de délégué du personnel, mais encore le litige concernait le versement d'une prime, ce qui relève de l'exécution du contrat de travail et non de l'exécution proprement dite du mandat »⁷⁴⁸. Poursuivre l'objectif d'une meilleure protection des représentants du personnel est une chose dont il faut se féliciter. Il convient toutefois de poser une limite, celle de l'intérêt de la collectivité. Si le statut particulier et la protection accordée ne bénéficient pas aux salariés qui les ont élus, ils n'ont pas lieu d'être⁷⁴⁹.

2. L'action non conforme au mandat détenu

L'obligation d'agir dans l'intérêt des salariés conduit le juge à vérifier que les droits accordés sont exercés en conformité avec le mandat détenu.

Ainsi, et bien que cela ne soit pas imposé explicitement par les textes, il faut admettre, par exemple, que la nature des réunions syndicales, prévues par les articles L. 2142-10 et suivants, doit correspondre aux objectifs des organisations professionnelles, tels que définis à l'article L. 2131-1. Il ne peut donc être reproché à l'employeur d'avoir fait interdire une réunion du personnel

⁷⁴⁷ Arrêts Perrier, préc.

⁷⁴⁸ Observations préc.

⁷⁴⁹ Sens des arrêts Perrier, préc.

dans les locaux syndicaux, dont l'objet était étranger à l'action syndicale et à la défense des intérêts collectifs de la profession⁷⁵⁰. De même, il n'entre pas dans le mandat d'un membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'organiser une réunion ayant pour objet de contester des projets ne concernant pas directement l'entreprise et relatifs à des modifications éventuelles du droit du travail⁷⁵¹.

L'utilisation des locaux mis à disposition des représentants doit également se faire en conformité avec le mandat exercé. Les expressions employées par le Code de travail sont, à ce sujet, explicites : « pour leur permettre de remplir leur mission »⁷⁵² ou « convenant à l'exercice de leur mission »⁷⁵³. En ce qui concerne les locaux affectés aux activités sociales et culturelles, si le comité d'entreprise est en principe seul maître de leurs modalités d'utilisation, c'est également à la condition d'en respecter la finalité. Est donc interdit le prêt de la cantine à une organisation syndicale⁷⁵⁴, ou à un parti politique⁷⁵⁵.

Le droit d'informer, accordé aux représentants, est pareillement finalisé. Les affiches apposées par les délégués du personnel ne peuvent contenir que des renseignements d'ordre professionnel se rattachant à leurs attributions légales. Sont donc exclues les communications à caractère politique ou syndical⁷⁵⁶.

⁷⁵⁰ Cass. crim. 17 mars 1981, n° 80-90942, *Bull. crim.*, n° 98 : à propos de la projection d'un film et d'un débat sur le nucléaire.

⁷⁵¹ Cass. soc. 26 février 1992, n° 88-45284, *Bull. V.*, n° 137

⁷⁵² C. trav. art. L. 2315-6 concernant les délégués du personnel

⁷⁵³ C. trav. art. L. 2142-8 concernant le local syndical

⁷⁵⁴ Cass. crim. 9 novembre 1971, n° 70-92884, *Bull. crim.*, n° 305

⁷⁵⁵ TGI Paris, 16 novembre 1977, *D.* 1978, Jp, p. 347

⁷⁵⁶ Est, en revanche, autorisé l'affichage de comptes rendus des réunions avec l'employeur, des comptes rendus de démarches extérieures s'inscrivant dans le cadre de leur mission, notamment auprès de l'inspecteur du travail, des enquêtes en matière d'hygiène et de sécurité, d'informations relatives au droit du travail

Quant aux communications syndicales, elles doivent s'inscrire dans l'objet même des syndicats. Le problème sous-jacent est alors celui de la frontière entre l'action syndicale et l'action politique⁷⁵⁷. L'article L. 2131-1 du Code du travail donne pour objet exclusif aux syndicats « l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». L'adverbe « exclusivement » marque le souci de ne pas créer de confusion entre les problèmes professionnels qu'il appartient au syndicat d'assumer, et les questions de nature politique. Ainsi, dans un attendu significatif, la Cour d'appel de Paris a-t-elle considéré que si la loi⁷⁵⁸ a consacré « une plus grande liberté d'expression nécessitée par l'imbrication inévitable des problèmes professionnels, économiques et politiques, cette liberté ne saurait pour autant dégénérer en abus qui donnerait toute licence d'afficher ou de publier des textes à caractère politique qui, même non contraires aux lois sur la presse, ne correspondraient en rien aux objectifs définis par l'article L. 411-1 [devenu L. 2131-1] »⁷⁵⁹. Dans le même esprit, la Cour d'appel de Versailles estime que si la nouvelle formulation de l'objet des syndicats réalise un élargissement de celui-ci, et permet à ces organisations d'aborder des problèmes qui interfèrent avec la vie politique, elle ne les autorise toutefois pas à « se substituer aux partis politiques en accomplissant des actions essentiellement politiques » et ne signifie pas que « le contenu des affiches et des tracts puisse être déterminé par le syndicat avec une entière liberté et sous la seule réserve des dispositions relatives à la presse ». L'article L. 2142-5 « doit

⁷⁵⁷ Même si l'imbrication du social et du politique est une donnée de fait incontestable car, comme le soulignait un tribunal, « le choix d'une politique économique et sociale a des répercussions sur les intérêts professionnels des travailleurs » : TGI Bourges, 9 décembre 1976, *Dr. ouvr.* 1977, p. 199

⁷⁵⁸ Loi du 28 octobre 1982

⁷⁵⁹ CA Paris 23 février 1984, *Dr. ouvr.* 1984, p. 479

en effet ne pas être détaché du contexte et être interprété en fonction de l'objet exclusif des syndicats professionnels »⁷⁶⁰.

Quant au droit de déplacement et celui de circulation, ils doivent être nécessaires à l'accomplissement de leur mission par les représentants⁷⁶¹ et le juge contrôle l'existence d'un lien entre cette dernière et le déplacement litigieux⁷⁶².

Mais surtout, les magistrats contrôlent l'exercice des fonctions attribuées à chaque représentant en évitant les empiètements et les confusions voire les transferts et glissements qui s'opèrent généralement au profit d'activités d'ordre syndical pour les élus. Les très larges possibilités de cumul des mandats pourraient laisser croire au délégué qu'il dispose d'un crédit d'heure global. Mais la jurisprudence exige, au contraire, que chaque crédit spécifique soit totalement utilisé dans le cadre de la mission précise pour laquelle il a été créé⁷⁶³. Ainsi, un délégué du personnel ne peut pas utiliser ses heures de délégation pour l'exécution de tâches purement syndicales comme distribuer des tracts⁷⁶⁴, recueillir des signatures de pétitions⁷⁶⁵, collecter des cotisations⁷⁶⁶ ou participer à une réunion syndicale⁷⁶⁷. Son rôle est de jouer le médiateur entre les salariés de l'entreprise et l'employeur. Le juge vérifie donc qu'il agit bien dans

⁷⁶⁰ CA Versailles 18 avril 1984, *Jurisp. soc. UIMM*, 1984, p. 393

⁷⁶¹ C. trav. art. L. 2143-20 pour les délégués syndicaux ; art. L. 2315-5 pour les délégués du personnel ; art. L. 2325-11 pour les membres du comité d'entreprise

⁷⁶² Cass. soc. 13 décembre 1988, n° 86-40765, *Bull. V*, n° 657

⁷⁶³ Le crédit d'heure est par ailleurs individuel. Est ainsi fautif le délégué syndical qui a utilisé, pour l'exercice de son mandat, des heures de délégation allouées à un délégué du personnel et non utilisées, alors même qu'il n'avait pas épuisé les heures dont il disposait : CE 8 janvier 1982, *Jurisp. soc. UIMM* 1982, p. 198

⁷⁶⁴ Cass. crim. 1^{er} février 1983, inédit

⁷⁶⁵ Cass. soc. 13 mars 1985, n° 82-43175, *Bull. V*, n° 163

⁷⁶⁶ CA Dijon 10 juin 1985, *Jurisp. soc. UIMM* 1986, p. 249

⁷⁶⁷ Cass. soc. 6 octobre 1977, n° 76-40738, *Bull. V*, n° 518 ; Cass. soc. 5 juillet 1979, n° 78-40100, *Bull. V*, n° 618 ; Cass. soc. 21 juillet 1982, n° 80-41236, *Bull. V*, n° 493

l'intérêt des salariés qui l'ont élu et pas dans celui du syndicat dont il peut être l'adhérent, le militant, voire le délégué.

Par ailleurs, les magistrats s'assurent que les représentants du personnel exercent leurs fonctions dans l'intérêt des salariés *de l'entreprise* ; mais cela à des degrés divers selon l'institution en cause. Pendant un temps la Cour de cassation retenait la même approche pour les délégués syndicaux que pour les délégués du personnel et estimait que « le temps consacré par les délégués syndicaux à leur information personnelle ne peut être inclus dans les heures de délégations payées par l'employeur que si l'information se rattache directement à une difficulté particulière à leur entreprise »⁷⁶⁸. En 1990, la chambre sociale a séparé la mission des délégués syndicaux de celle des délégués du personnel : « si la mission des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ne peut concerner que les problèmes intéressant directement les salariés qui les ont élus, celle des délégués syndicaux, qui consiste à représenter leur syndicat dans l'entreprise, peut être exercée en tous lieux dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre duquel ils ont été désignés, dès lors qu'elle entre dans le cadre de l'objet défini par l'article L. 411-1 [ancien] du Code du travail »⁷⁶⁹. Ainsi, dans le cas des délégués syndicaux et en raisonnant *a contrario*, un lien direct entre leur action (déplacement, réunion ou autre) et les problèmes spécifiques à leur entreprise n'est pas requis. Il ne fait donc plus aucun doute, comme le souligne Georges Borenfreund⁷⁷⁰, que l'activité de ces représentants ne se cantonne pas dans le domaine étroit des difficultés propres à l'entreprise ou à son établissement. Néanmoins, un lien, si ténu soit-il, continue

⁷⁶⁸ Cass. soc. 21 janvier 1987, n° 85-41127, *Bull. V*, n° 51

⁷⁶⁹ Cass. soc. 23 janvier 1990, n° 86-43817, *Bull. V*, n° 21

⁷⁷⁰ G. Borenfreund, « Syndicats professionnels – Droit syndical dans l'entreprise », *Rép. trav. Dalloz*

d'être exigé par la Haute juridiction⁷⁷¹. Sur ce fondement, a été reconnue conforme à la mission des délégués syndicaux la participation, lors d'une visite du chef de l'état, à une manifestation politique tenue à la bourse du travail, car cette démarche avait trait à la défense de l'emploi dans l'entreprise⁷⁷². La visite d'une société en grève peut également s'imputer sur les heures de délégation lorsque celle-ci est un fournisseur de l'entreprise où sont employés les délégués syndicaux ; le conflit collectif de cette société n'étant pas étranger aux préoccupations du personnel de l'entreprise⁷⁷³. De même, lorsque l'assistance à des audiences judiciaires a pour objet de s'informer sur un litige mettant en cause d'autres représentants du personnel de l'entreprise à l'occasion d'un conflit collectif, le temps passé à cette activité doit être rémunéré au titre des heures de délégation⁷⁷⁴. En revanche, est exclue, la participation à une manifestation de soutien à des salariés d'une autre entreprise sans lien particulier avec celle des délégués⁷⁷⁵ ou l'assistance à des réunions statutaires du syndicat auquel il appartient⁷⁷⁶.

Pour les autres représentants du personnel, l'action en cause doit se rattacher directement à une difficulté particulière de l'entreprise⁷⁷⁷. La Cour s'oppose ainsi au paiement d'heures de délégation à des délégués du personnel pour des réunions où les problèmes évoqués sont « d'ordre général, intéressant l'ensemble de la profession, même si leur solution est susceptible d'avoir des

⁷⁷¹ Voir également J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008 : « l'existence d'un intérêt indirect ou accessoire des salariés du lieu de désignation suffit ».

⁷⁷² Cass. soc. 23 janvier 1990, préc.

⁷⁷³ Cass. soc. 10 juillet 1990, n° 86-42819, *Bull. V*, n° 361

⁷⁷⁴ Cass. soc. 1^{er} avril 1992, n° 88-45752, *Bull. V*, n° 233

⁷⁷⁵ Cass. soc. 13 juin 1996, n° 95-41460, *Bull. V*, n° 238

⁷⁷⁶ Cass. soc. 4 mars 1982, n° 80-40537, *Bull. V*, n° 150

⁷⁷⁷ Cass. soc. 8 juillet 1998, n° 96-42060, *RJS* 8-9/98, n° 1009 pour les délégués du personnel ; Cass. soc. 21 janvier 1987, n° 83-43483, *Bull. V*, n° 26 pour les membres du comité d'entreprise ; Cass. soc. 5 octobre 1994, n° 92-40164, *Bull. V*, n° 259 pour les membres du CHSCT

incidences dans chaque entreprise »⁷⁷⁸ ou que « l'objet de la réunion intéresse le personnel de plusieurs établissements, dépassant donc le cadre de l'usine »⁷⁷⁹. La jurisprudence refuse donc d'inclure dans la mission des délégués du personnel la participation à des actions de caractère syndical visant la défense, non pas du seul personnel d'entreprise, mais de celle d'une collectivité de travailleurs plus large. Concernant les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ne peut être rattaché à son mandat, le fait de se rendre dans une entreprise sous-traitante « à l'égard de laquelle seules ses propres instances de représentation sont compétentes »⁷⁸⁰ ou de participer à une réunion syndicale extérieure, consacrée au bilan des CHSCT et à la mise en place des élus CGT dans ces comités⁷⁸¹.

Néanmoins, il demeure que les représentants du personnel sont élus ou désignés dans une entreprise ou un établissement et n'ont donc de mission que limitée à la défense des intérêts des salariés de l'entreprise ou de l'établissement où précisément ils ont été élus ou désignés. En pratique, les « problèmes intéressant directement les salariés » et « l'intérêt des membres de la collectivité de désignation » constituent des restrictions très comparables. La distinction posée par la Cour de cassation vise certainement à rappeler que les missions attribuées à chaque représentant sont différentes et qu'il faut veiller à éviter tout chevauchement.

Enfin, toute activité totalement extérieure et étrangère à l'entreprise ne peut être imputée sur les heures de délégation. Tel est le cas d'un membre du comité d'entreprise qui exerce les fonctions d'assesseur dans un bureau de vote

⁷⁷⁸ Cass. soc. 21 juillet 1982, n° 80-41236, *Bull. V*, n° 493

⁷⁷⁹ Cass. soc. 5 juillet 1979, n° 78-40100, *Bull. V*, n° 618

⁷⁸⁰ Cass. soc. 1^{er} avril 1992, n° 88-44530, inédit

⁷⁸¹ Cass. soc. 1^{er} avril 1998, n° 95-45387, inédit

pour les élections prud'homales⁷⁸² ou qui participe aux élections des organismes de sécurité sociale⁷⁸³. Concernant les délégués syndicaux, l'utilisation du crédit d'heures est refusée pour accomplir des responsabilités syndicales au sein des structures extérieures à l'entreprise car les délégués ne sont pas des permanents syndicaux. La Cour de cassation considère donc que le temps passé à l'administration d'un syndicat ne peut être considéré comme utilisé à l'exercice des fonctions⁷⁸⁴. Il en va ainsi également de l'assistance du délégué syndical à des réunions statutaires du syndicat auquel il appartient⁷⁸⁵. Tout ce qui concerne des élections professionnelles ne relève pas non plus de leurs attributions. Ne peut donc être imputée sur les heures de délégation, l'assistance aux opérations de scrutin à caractère national⁷⁸⁶ ou l'action en justice pour assurer le respect de la procédure des élections professionnelles⁷⁸⁷.

3. Les choix inopportuns ou déraisonnables

Plus délicate est la question du contrôle de l'opportunité des décisions des représentants dans l'exercice de leur mission. Leur responsabilité peut-elle être recherchée en raison des choix qu'ils ont opérés si ceux-ci ne sont pas conformes à l'intérêt des salariés ?

Tout d'abord, s'agissant du contenu des accords collectifs que les délégués syndicaux sont chargés de négocier et conclure, un contrôle ne paraît pas possible. En effet, ce contenu est le résultat d'un compromis entre les

⁷⁸² Cass. soc. 21 janvier 1987, n° 83-43483, *Bull. V*, n° 26

⁷⁸³ Cass. crim. 10 janvier 1989, n° 87-80048, *Bull. crim*, n° 10

⁷⁸⁴ Cass. soc. 10 novembre 1981, n° 79-42606, *Bull. V*, n° 883

⁷⁸⁵ Cass. soc. 4 mars 1982, n° 80-40537, *Bull. V*, n° 150

⁷⁸⁶ Cass. soc. 19 mars 1987, n° 84-43038, *Bull. V*, n° 110

⁷⁸⁷ Cass. soc. 10 octobre 1990, n° 87-40432, *Bull. V*, n° 452 ; Cass. soc. 2 juin 1993, n° 90-44508, *Bull. V*, n° 157

représentants des salariés et l'employeur. Il s'agit, ainsi que nous l'avons exposé⁷⁸⁸, d'une logique de contrat et donc de concessions réciproques pour parvenir à une entente. Imputer la responsabilité de dispositions qui ne satisfont pas les destinataires à une seule partie n'est pas envisageable. En revanche, la solution est différente si l'on considère les obligations dont ils sont tenus à l'égard de leur organisation. Nous avons défini leur relation en termes de mandat. Le délégué syndical, chargé par son syndicat de négocier et conclure selon certaines modalités bien précises pourrait donc voir sa responsabilité engagée s'il ne respectait pas ces instructions⁷⁸⁹.

Quant aux avis que les institutions représentatives sont amenées à exprimer lorsqu'elles sont consultées par l'employeur, ils sont également susceptibles d'être défavorables aux salariés. Les représentants peuvent en effet se prononcer en faveur d'un licenciement, d'une mesure de chômage partiel, d'un nouveau mode de rémunération, de nouveaux horaires de travail ; ce qui causerait un préjudice aux salariés concernés. Un comité d'entreprise a d'ailleurs déjà vu sa responsabilité engagée à ce titre. Dans une décision très ancienne⁷⁹⁰, un comité interentreprises avait été assigné, avec l'employeur, en paiement de dommages et intérêts pour congédiement abusif par une conseillère chef du travail. Le comité opposait à cette demande le fait qu'il s'était borné à émettre un avis sur le licenciement, ce qui ne saurait en aucune manière engager sa responsabilité. Le Tribunal répond néanmoins que « si les salariés ont désormais des droits nouveaux et peuvent provoquer la rupture des contrats de travail par l'entremise de leurs comités, à ces droits sociaux nouveaux doivent

⁷⁸⁸ Cf *supra*, Ière partie

⁷⁸⁹ Cf *infra* titre II

⁷⁹⁰ Tribunal civil de Nantes, 8 novembre 1949, *Dr. soc.* 1950, p. 32, Note P. Durand

correspondre des devoirs nouveaux et une responsabilité sociale et collective nouvelle ; qu'à cet égard le comité d'entreprise, ayant manifesté la volonté de rompre le contrat, apparaît comme ayant été l'une des causes de la rupture et doit, en conséquence, éventuellement répondre des conséquences dommageables de cette rupture s'il apparaît qu'elle a été abusive et injustifiée ». Cette décision, d'un autre temps et isolée, n'a plus sa place dans la jurisprudence actuelle car, le plus souvent, les avis émis par les représentants du personnel ne lient pas l'employeur qui reste libre de sa décision finale. Le comité d'entreprise, ou tout autre représentant amené à exprimer son opinion, ne peut donc être considéré comme étant « l'une des causes » des effets de la décision prise par l'employeur. L'absence de lien de causalité, voire l'absence de faute dans les cas où l'action ne serait pas fondée sur la méconnaissance d'une disposition légale mais sur le seul intérêt des salariés, suffit à rejeter l'action.

Celle-ci ne serait envisageable que dans les cas d'avis conformes qui lient l'employeur et où les choix faits par les représentants sont susceptibles de peser effectivement sur les salariés⁷⁹¹.

§2. L'abus de droit caractérisé par l'intention de nuire

S'agissant de certains droits dont disposent les institutions du personnel, la jurisprudence applique le critère de l'intention de nuire afin de caractériser l'abus. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a admis, concernant le droit d'alerte dont dispose le comité d'entreprise, que le juge pouvait vérifier si l'exercice de

⁷⁹¹ Cf *infra* Chapitre II

ce droit « ne dégénérerait pas en abus, situation caractérisée par une volonté de nuire à l'employeur ». ⁷⁹²

Cette faculté de soumettre à l'abus de droit l'alerte déclenchée par le comité d'entreprise ⁷⁹³ pourrait être étendue également à l'alerte du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et des délégués du personnel, au droit de recourir à un expert ⁷⁹⁴, ainsi qu'à celui de saisir l'inspecteur du travail ⁷⁹⁵ etc.

Quant au critère de l'intention de nuire, son choix serait susceptible de trouver explication dans le fait que, sur ces questions, l'intérêt des salariés est particulièrement difficile, voire impossible à déterminer car trop indirect. Une action exercée dans l'intention de nuire à l'employeur pourrait même ne pas être totalement étrangère à l'intérêt des salariés. En outre, ce critère permet de fixer un seuil de responsabilité raisonnable. Le juge est habilité à contrôler les conditions d'utilisation du droit et ordonner la suspension de la décision de l'institution représentative ⁷⁹⁶. Mais l'abus n'est caractérisé que si cette utilisation caractérise l'intention de nuire à l'employeur.

Ce critère paraît donc le plus approprié en ce qu'il évite que la responsabilité des représentants soit trop facilement engagée, mais également que l'usage de leurs droits échappe à tout contrôle. Il faut néanmoins préciser

⁷⁹² CA Versailles 25 juin 1993, *RJS* 10/93, n° 998

⁷⁹³ Solution approuvée par la doctrine : M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009, p. 650

⁷⁹⁴ Du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

⁷⁹⁵ Des délégués du personnel

⁷⁹⁶ En 2006, la Cour de cassation approuve une Cour d'appel qui a considéré que l'information soumise au comité « ne portait pas sur des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'organisme, en sorte qu'il n'y avait pas lieu à exercice par le comité d'entreprise à son droit d'alerte » : Cass. soc. 21 novembre 2006, n° 05-45303, inédit

que si, en théorie, le juge admet la possibilité d'un abus dans l'exercice des ces prérogatives, un tel abus n'a, en pratique, jamais été retenu à notre connaissance.

§3. L'abus du droit de revendiquer

Le délégué syndical, qui dispose du droit de revendiquer et qui joue un rôle prépondérant lors des conflits collectifs, peut abuser de ses prérogatives en ces circonstances. La définition de l'abus de droit présente, dans ce cas, une définition légèrement différente de celle applicable aux autres droits des représentants du personnel. L'intérêt des salariés n'est plus le seul but qui permette d'apprécier la conformité de l'action. Quant à l'implication du délégué syndical, une délicate répartition s'impose entre les actes accomplis en sa qualité de salarié et ceux accomplis en tant que représentant du personnel.

A. Une définition particulière de l'abus de droit

1. Le critère de l'abus

Pour les tribunaux, l'aptitude de la notion d'abus de droit à s'appliquer au droit de grève ne fait plus de doute depuis longtemps⁷⁹⁷. La Cour de cassation⁷⁹⁸ et le Conseil d'Etat⁷⁹⁹ en formulent le principe dans les mêmes termes : « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent y être apportées, comme à tout autre droit, en vue d'en éviter un usage abusif ». Cependant règne en la matière « un grand désordre

⁷⁹⁷ À rapprocher de la décision 82-144 du Conseil Constitutionnel du 22 octobre 1982 qui déclare non conforme à la Constitution la disposition d'un projet de loi relatif au développement des institutions représentatives du personnel, prévoyant qu'aucune action en responsabilité ne pourrait être intentée, sauf exceptions, à l'encontre des salariés, des représentants du personnel et des délégués syndicaux en réparation des dommages causés par une grève ou à l'occasion de celle-ci.

⁷⁹⁸ Cass. soc. 5 octobre 1960, *Bull. IV*, n° 818 ; Cass. soc. 2 juin 1961, *Bull. IV*, n° 598 ; Cass. soc. 13 décembre 1962, *Bull. IV*, n° 904

⁷⁹⁹ CE 7 juillet 1950, n° 01645 ; CE 26 octobre 1960, *Dr. soc.* 1961, p. 100

terminologique »⁸⁰⁰. Les termes "abusif", "illicite", "illégal", se côtoient sans que la distinction en soit toujours bien évidente. Il est donc indispensable d'identifier avec précision ce qu'il est possible de regrouper sous le terme d'abus. Nous adopterons une conception relativement restrictive de ce concept⁸⁰¹ en limitant son application au cas de grèves authentiques⁸⁰² assorties de certaines circonstances exceptionnelles et défavorables⁸⁰³.

Reste à déterminer le critère de l'abus de droit. Or celui-ci est obscur. En effet, certains auteurs ont relevé le caractère inadapté de la conception d'intention de nuire dans ce cas précis⁸⁰⁴. Un mouvement revendicatif est toujours exercé dans le but de nuire. « Il n'est donc pas possible de soutenir que le travailleur abuse de son droit de grève lorsqu'il l'exerce dans l'intention de nuire. Car tel est toujours le cas. L'exercice du droit se confondrait alors avec l'exercice abusif du droit et une telle prise en compte de l'abus aboutirait à la suppression pure et simple du droit de grève »⁸⁰⁵. Quant à la conception qui retient le degré de gravité du préjudice résultant de l'exercice du droit de grève, elle est également critiquée car « la grève est source de préjudice et pour réussir elle doit l'être. Une grève "affadie" parce que respectueuse de la rentabilité de l'entreprise cesse d'être un moyen efficace »⁸⁰⁶. Cependant, « le propre de la théorie de l'abus de droit n'est nullement, en ce domaine, de censurer cette nocivité mais, ainsi que

⁸⁰⁰ J-J. Dupeyroux, *Le monde* du 28 juin 1977, « Le droit de grève protège-t-il les grévistes ? »

⁸⁰¹ Rejoignant ainsi H. Sinay et J-C. Javillier, *La grève*, Dalloz, 1984 et Ph. Waquet, « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », *RJS*, 3/95, p. 139

⁸⁰² C'est-à-dire qui répondent à la définition de la grève. C'est à tort que l'on parle de grève "licite" ou "illicite". Le droit de grève ne peut pas être illicite. On peut en revanche se trouver en présence d'un mouvement collectif ne pouvant recevoir la qualification de grève (cf chapitre II)

⁸⁰³ Ce qui relève de la qualification du mouvement et de comportements annexes à celui-ci relève du défaut de droit (Chapitre II)

⁸⁰⁴ H. Sinay et J-C. Javillier, préc.

⁸⁰⁵ H. Sinay et J-C. Javillier, préc., spéc. p. 185

⁸⁰⁶ H. Sinay et J-C. Javillier, préc.

l'indique l'intitulé même de cette théorie, l'excès de cette nocivité »⁸⁰⁷. Il s'agit donc de déterminer la frontière entre le normal et l'excessif. C'est d'ailleurs cette formulation que l'on retrouve en jurisprudence et à l'article L. 1132-2 du Code du travail⁸⁰⁸. L'abus de droit est donc caractérisé en cas de circonstances exceptionnelles de gravité et de préjudice exorbitant vraiment anormal⁸⁰⁹ au regard du but même de la grève⁸¹⁰. C'est alors l'idée de proportionnalité qui sous-tend l'analyse⁸¹¹. J. le Goff évoque même le concept de loyauté en exposant que caractérisent l'abus « les manœuvres déloyales appréciées à leurs conséquences durables »⁸¹². Il s'agit, en fait, de concilier le droit de grève avec d'autres droits et libertés d'égale importance⁸¹³ : « le plus souvent la dénonciation de l'abus correspond à la nécessité d'assurer le respect d'un autre droit ou d'un autre principe de valeur constitutionnelle »⁸¹⁴. Aux seuls intérêts des salariés qui guidaient le juge dans l'appréciation de l'utilisation des autres droits dont bénéficient les représentants du personnel, s'ajoute ici l'intérêt (ou les intérêts) de l'entreprise. Cette différence tient au fait que le droit de grève

⁸⁰⁷ R. Latournerie, *Le droit français de la grève : étude théorique et pratique*, Sirey, 1972, spéc. p.413

⁸⁰⁸ « Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de l'exercice normal du droit de grève »

⁸⁰⁹ H. Sinay et J-C. Javillier, préc.

⁸¹⁰ Que certains auteurs ont pu présenter comme étant de remédier à l'inégalité économique et sociale qui existe entre les salariés et l'employeur : " Le droit de grève a pour but de compenser l'infériorité économique du salarié" : M. Petit, « L'usage normal du droit de grève et la jurisprudence », *Dr. ouvr.*, 1976, p. 380. Approche reprise par P. Bathmanabane, *L'abus du droit syndical*, LGDJ, 1993

Ph. Waquet a, quant à lui, précisé que la grève a pour but « d'appuyer des revendications professionnelles et non pas de conduire l'entreprise à la faillite », article préc.

⁸¹¹ C'est le critère retenu par Ph. Waquet.

⁸¹² J. Le Goff, *Droit du travail et société – 2. Les relations collectives de travail*, PUR, 2002, p. 322

⁸¹³ Cons. Const. 25 juillet 1979, *D.* 1980, jp, p. 101 : « Le droit de grève est un principe à valeur constitutionnelle, mais qui a des limites. Le législateur est habilité à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général, auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ».

Au niveau communautaire le droit de grève doit être concilié avec d'autres libertés équivalentes, comme la liberté d'établissement ou de prestation de service : Arrêt Laval du 18 décembre 2007, n° C-341/05

⁸¹⁴ J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008

n'est pas accordé spécifiquement aux institutions représentatives, contrairement aux heures de délégations et autres prérogatives vues précédemment, mais à tous les salariés. Ce sont ces éléments qui vont guider le juge.

2. L'application du critère

a. L'abus dans les revendications professionnelles

Un mouvement collectif qui a pour but d'appuyer d'authentiques revendications professionnelles ne peut-il, cependant, être abusif en raison du caractère déraisonnable ou exagéré des demandes formulées ? Ceci renvoie, en fait, à deux problèmes.

Tout d'abord, est-il abusif de formuler une demande (professionnelle) que l'employeur est dans l'incapacité de satisfaire, au motif qu'elle se situe hors de son champ de compétence ? La réponse est aujourd'hui sans ambiguïté : « la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève »⁸¹⁵. Pour certains auteurs⁸¹⁶, la solution n'est pas surprenante, des décisions antérieures allant déjà dans ce sens. Tel était le cas par exemple d'un arrêt du 29 mai 1979⁸¹⁷ qui précise que « peu importe que le salarié eût été le seul à faire grève dans son entreprise et qu'aucune revendication professionnelle particulière à celle-ci n'eût été formulée ». Est également citée une décision de la chambre sociale du 15 février 2006⁸¹⁸ à propos de la grève nationale pour la défense des retraites. Les revendications formulées visaient un projet gouvernemental, situé au-delà de la sphère de

⁸¹⁵ Cass. soc. 23 octobre 2007, n° 06-17802, *Bull. V*, n° 169

⁸¹⁶ E. Dockès, « La finalité des grèves en question », *Dr. soc.* 2006, p. 1 (à propos de l'arrêt d'appel)

⁸¹⁷ Cass. soc. 29 mai 1979, n° 78-40553, *Bull. V*, n° 464

⁸¹⁸ Cass. soc. 15 février 2006, n° 04-45738, *Bull. V*, n° 65 et *Dr. soc.* 2006, p. 577, note C. Radé

compétence de l'employeur, en l'espèce chocolatier confiseur. Ce n'est donc pas sur ce terrain que l'abus pourrait être reconnu.

Par ailleurs, les magistrats peuvent-ils juger le caractère acceptable ou non des revendications ? Il s'agirait en fait d'apprécier les motifs de la grève. Selon le professeur Dockès⁸¹⁹, c'est implicitement ce qui aurait guidé les juges de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans l'affaire précitée de la RTM pour condamner le mouvement⁸²⁰. L'auteur rappelle qu'un tel jugement sur les revendications est parfois possible puisqu'un magistrat peut être amené, s'il est saisi d'une demande en ce sens⁸²¹, à trancher un conflit collectif en équité, en accordant telle revendication qui lui semble justifiée ou en refusant telle autre qui, à ses yeux, ne l'est pas. En dehors de cette procédure, on a pu penser, pendant quelques années, qu'était abusive une grève appuyant une revendication « déraisonnable ». En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait approuvé la suspension, en référé, des préavis déposés et des ordres de grève lancés dans trois compagnies aériennes par des syndicats de navigants de l'aviation civile afin d'obtenir, d'une part que le ministre retire l'autorisation accordée à une autre compagnie d'utiliser, avec un équipage réduit de deux pilotes, de nouveaux appareils conçus à cet effet, et, d'autre part, que les employeurs s'engagent à confier ces avions à des équipages de trois personnes. Pour l'Assemblée plénière, le juge des référés avait justement relevé un « trouble manifestement illicite » parce que les syndicats exigeaient des compagnies ce que de toute évidence elles ne pouvaient accorder : un « engagement déraisonnable » au mépris des contraintes financières et des progrès techniques⁸²². Par la suite, la chambre sociale de la Cour de cassation

⁸¹⁹ Préc.

⁸²⁰ « Si le juge avait été à la place de l'employeur, lui non plus, il n'aurait pas cédé ».

⁸²¹ En vertu de l'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile.

⁸²² Cass. ass. Plén. 4 juillet 1986, n° 84-15737, *Bull. Ass. Plén.*, n° 11 et *Dr. soc.* 1986, p. 745

s'est éloignée clairement de cette position : « le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé de ces revendications »⁸²³. Cet énoncé a été repris ultérieurement avec une formule qui laisse place au doute : « Le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé de ces revendications, *en l'absence d'abus de droit* de la part des salariés. En cessant le travail pour obtenir la présence dans une délégation syndicale, chargée de la négociation annuelle obligatoire, d'un permanent syndical étranger à l'entreprise, les salariés ont voulu appuyer une revendication de caractère professionnel qui ne présentait aucun caractère abusif »⁸²⁴. En affirmant que cette revendication n'était pas abusive, la Cour apprécie le caractère acceptable ou non des revendications. Le principe d'un contrôle ne semble donc pas exclu. Philippe Waquet indiquait, d'ailleurs, dans son rapport relatif à l'arrêt du 2 juin 1992⁸²⁵, que « les revendications pouvaient, dans certains cas exceptionnels (le juge doit demeurer très prudent en cette matière), être si absurdes, si provocatrices qu'elles constitueraient un des éléments permettant de déceler un abus du droit de grève ». Tel pourrait être le cas de revendications visant à obtenir une discrimination au préjudice de certains travailleurs⁸²⁶.

Mais, en pratique, le juge est très réticent à admettre l'abus. Il a ainsi été décidé qu'une demande d'engagement formulée à l'égard d'un dirigeant n'est en rien humiliante et ne traduit aucune défiance de nature à rendre illégitime le

⁸²³ Cass. soc. 2 juin 1992, n° 90-41368, *Bull. V*, n° 356 et *Dr. soc.* 1992, p. 696

⁸²⁴ Cass. soc. 19 octobre 1994, n° 91-20292, *Bull. V*, n° 281

⁸²⁵ *Dr. soc.* 1992, p. 696

⁸²⁶ Cass. soc. 25 octobre 1979, n° 78-13528, *Bull. V*, n° 786 : « si les revendications du personnel métropolitain d'obtenir une discrimination au préjudice des travailleurs français d'Outre-mer ont un caractère professionnel, elles sont susceptibles d'être illicites comme portant atteinte à la liberté du travail ».

mouvement engagé suite à son refus de l'exprimer⁸²⁷. Une solution similaire a été rendue au sujet de la revendication portant sur la présence de syndicalistes extérieurs à l'entreprise lors de la tentative de négociation annuelle dans la mesure où la loi n'interdit pas une telle présence en vertu d'un accord ou d'un usage obligatoire⁸²⁸. Enfin, il ne peut être reproché aux grévistes aucun abus dans le libre choix de leur revendication lorsqu'ils ignorent que celle-ci se heurte à une interdiction légale dont l'employeur s'est gardé de leur signaler l'existence au seuil de l'action⁸²⁹.

Enfin, se pose également la question de la licéité de la revendication sur un point réglé par une convention ou un accord collectif en cours⁸³⁰. L'article L. 2262-4 du Code du travail dispose en effet que « les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale». Néanmoins une grève visant à obtenir une augmentation de salaire, même si le chiffre réclamé est supérieur à celui prévu par le règlementation en vigueur, est licite⁸³¹. Car le droit de faire grève est accordé individuellement à chaque salarié et n'appartient pas aux organisations qualifiées pour signer des accords collectifs⁸³².

⁸²⁷ Cass. soc. 2 juin, préc.

⁸²⁸ Cass. soc. 19 octobre 1994, préc.

⁸²⁹ Cass. soc. 7 juin 2006, n° 04-43855, *D.* 2006, jp, p. 2715, note F. Duquesne

⁸³⁰ A titre de comparaison, la grève en Allemagne ne peut avoir lieu qu'à l'expiration des conventions collectives, dans le cadre de leur renégociation entre les organisations syndicales et patronales. Pendant la durée de la convention, les travailleurs et leurs organisations syndicales sont tenues au « devoir de paix ».

⁸³¹ Cass. soc. 21 mai 1959, *Dr. soc.* 1959, p. 485

⁸³² Contrairement à l'Allemagne et aux Etats-Unis

b. L'abus dans le choix des modalités de la grève

La Cour de cassation a finalement dégagé un critère de l'abus et depuis 1995, sa jurisprudence est constante : « ce n'est qu'au cas où la grève entraîne ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus »⁸³³. La désorganisation de l'entreprise doit être distinguée de la désorganisation de la production⁸³⁴, inhérente à ce « droit de nuire » qu'est la grève et qui ne rend pas cette dernière abusive. A l'inverse, il n'est pas nécessaire que la ruine de l'entreprise soit consommée pour constater et sanctionner un abus⁸³⁵. Le critère pris en compte pourrait être « l'impact durable sur la vie de l'entreprise et, éventuellement sa viabilité »⁸³⁶, notamment lorsque le mouvement met en cause les conditions même de la production en amont et en aval, de sorte que l'entreprise perd non seulement ponctuellement en production mais aussi durablement en potentiel productif⁸³⁷. L'abus résultera essentiellement de la forme adoptée par la grève.

Débrayages répétés, grèves tournantes, grèves bouchon ou grèves surprises sont les principales manifestations susceptibles de relever de l'abus. Par principe, ces modes d'action ne constituent pas un abus du droit de grève dès lors qu'ils n'entraînent pas la désorganisation de l'entreprise⁸³⁸. Evidemment, cela laisse intacte la question de la définition de la désorganisation de l'entreprise. Quelques éléments peuvent néanmoins être déduits de la

⁸³³ Cass. soc. 18 janvier 1995, n° 91-10476, *Bull. V*, n° 27 ; *Dr. soc.* 1995, p. 183 ; Précédemment (où le risque de désorganisation n'était pas prévu) : Cass. soc. 4 novembre 1992, n° 90-41899, *Bull. V*, n° 529

⁸³⁴ Cass. soc. 30 mai 1989, n° 87-10994, *Bull. V*, n° 404

⁸³⁵ Ph. Waquet, préc.

⁸³⁶ J. Le Goff, *Droit du travail et société – 2. Les relations collectives de travail*, PUR, 2002, p. 322

⁸³⁷ J. Le Goff, préc.

⁸³⁸ Cass. soc. 10 juillet 1991, n° 89-43147, *Bull. V*, n° 349 pour les débrayages répétés ; Cass. soc. 22 janvier 1981, n° 79-16977, *Bull. V*, n° 59 pour la grève tournante ; Cass. soc. 5 juin 1973, n° 72-40570, *Bull. V*, n° 360

jurisprudence. Tout d'abord, une perturbation (même grave) du plan de travail et une importante baisse de production sont des conséquences normales de la grève⁸³⁹. De même la désorganisation de l'entreprise ne saurait être caractérisée par des difficultés d'exploitation : « le mouvement de grève, s'il a rendu l'exploitation des lignes très onéreuse et plus difficile, n'avait pas abouti à une désorganisation de l'entreprise »⁸⁴⁰. En revanche, si le mouvement aboutit à faire perdre des clients à l'entreprise, l'abus pourra être caractérisé : « les arrêts successifs avaient seulement provoqué une désorganisation de la production, tandis que l'entreprise, elle-même, qui n'avait pas perdu sa clientèle, n'avait pas été désorganisée »⁸⁴¹. Tel est également le cas d'une paralysie totale de la fabrication : « en procédant à des débrayages inopinés et intermittents au lieu de cesser franchement le travail, les souffleurs de verre dont le travail doit être continu, ont paralysé la fabrication, ; en organisant leurs arrêts de travail dans des conditions permettant à une minorité d'empêcher toute fabrication et au reste du personnel d'être payé sans rien faire, ils ont exécuté leur contrat dans des conditions autres que celles convenues et commis un abus du droit de grève »⁸⁴². Enfin, l'existence d'un danger pour la sécurité ou la santé des personnes pourrait aussi constituer un abus⁸⁴³.

Quant au moment choisi pour déclencher la grève, il peut encore être source d'un tel abus, en certaines circonstances exceptionnelles⁸⁴⁴. Ainsi, a été déclarée abusive une grève surprise menée dans un établissement médico-pédagogique après que le juge eut relevé que le climat de désordre dans lequel elle avait débuté, peu compatible avec l'état psychique des enfants confiés à

⁸³⁹ Cass. soc. 10 juillet 1991, préc.

⁸⁴⁰ Cass. soc. 5 juillet 1995, n° 93-20402, *Bull. V*, n° 169

⁸⁴¹ Cass. soc. 7 avril 1993, n° 91-16834, *Bull. V*, n° 111

⁸⁴² Cass. soc. 11 juin 1981, n° 79-42013, *Bull. V*, n° 522

⁸⁴³ Cass. soc. 1^{er} mars 1989, n° 87-44165, *Bull. V*, n° 157

⁸⁴⁴ Le principe demeure que les grévistes peuvent choisir un moment inopportun pour arrêter le travail.

l'établissement, et l'absence de tout programme rééducatif et thérapeutique sérieux dans la période précaire ayant suivi la signature du protocole d'accord « ont inéluctablement conduit, après le départ des enfants, à la suspension de l'agrément administratif dont bénéficiait l'institut et, partant, à la désorganisation totale de l'entreprise »⁸⁴⁵. Un autre exemple est donné par l'arrêt du 25 octobre 1979 à propos d'une grève déclenchée inopinément par l'équipage d'un avion au cours d'un vol international. La chambre sociale, prenant en compte l'obligation d'assurer la continuité des vols, en déduit que les salariés doivent observer « dans le déclenchement et la poursuite des arrêts de travail des modalités compatibles avec ces contraintes exceptionnelles »⁸⁴⁶. En revanche la grève d'un pilote qui n'effectue pas le vol retour programmé ne saurait être abusive dès lors qu'il avait avisé son employeur de son état de gréviste suffisamment tôt pour permettre son remplacement⁸⁴⁷. Ce dernier arrêt prouve à quel point la Cour de cassation est peu encline à admettre l'abus du droit de grève. Dans cette affaire, le commandant de bord avait choisi délibérément le moment d'arrêter le travail afin que son absence soit la plus perturbatrice possible pour l'entreprise. Il y avait, on ne peut le nier, un risque de désorganisation de l'entreprise⁸⁴⁸. Or, ce risque, peu important qu'il se réalise ou non, suffit en principe à caractériser l'abus.⁸⁴⁹ Si, en pratique, le risque ne s'est pas réalisé, c'est en raison d'un événement totalement fortuit : par un heureux hasard, se trouvait sur place un commandant de bord disponible remplissant les conditions de commandement du vol retour et ayant accepté d'écourter son repos afin d'être l'instructeur du copilote. Selon la direction d'Air France, cette

⁸⁴⁵ TI Pau, 22 février 1972, *JCP* 1972, éd G, II, n° 10941

⁸⁴⁶ Cass. soc. 25 octobre 1979, n° 78-13528, *Bull.* V, n° 786

⁸⁴⁷ Cass. Ass. plén. 23 juin 2006, n° 04-40289, *Bull. Ass. plén.*, n° 7

⁸⁴⁸ Même si certains auteurs ne partagent pas ce point de vue : E. Dockès, observations sous Cass. Ass. plén. 23 juin 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 936

⁸⁴⁹ Cass. soc. 18 janvier 1995, préc.

substitution, avait entraîné « des remplacements en cascade imprévisibles et, en fin de compte, nécessité l'envoi sur place d'un commandant de bord supplémentaire ». La référence au "risque de désorganisation" semble donc parfaitement théorique.

Le droit de revendiquer est accordé à chaque salarié, qui peut l'exercer, dans les limites posées ci-dessus. Mais les délégués syndicaux, ainsi que nous l'avons évoqué, occupent très fréquemment une place prépondérante dans les conflits collectifs, en se situant au cœur du mouvement. L'abus de leur droit de revendiquer présente-t-il alors quelques spécificités ?

B. L'abus du délégué syndical

Les délégués syndicaux sont susceptibles d'être impliqués dans le conflit de différentes façons : soit les syndicats sont à l'origine même de la grève (ils l'ont conçue, préparée, déclenchée) ; soit la décision de cesser le travail est le fait des seuls salariés mais les syndicats se sont associés au mouvement dont ils ont pris le contrôle. Les délégués syndicaux, bien sûr, mais aussi les délégués du personnel et autres adhérents d'un syndicat peuvent donc se trouver responsables des abus qui ont été identifiés. Surgit alors une difficulté quant à la distinction entre les actes accomplis en leur qualité de salariés et ceux accomplis en tant que représentants du personnel. Mais de cette répartition se dégage-t-il l'abus de revendiquer propre au seul délégué syndical ? Telle est la question. Et une réponse positive aurait pour conséquence de faire peser sur les représentants du personnel une responsabilité particulière. À la fin du siècle dernier, Planiol évoquait d'ailleurs une tactique particulière en suggérant : « C'est à la tête qu'il

faut frapper si l'on veut contenir dans de justes limites les tendances tumultueuses de la grève »⁸⁵⁰.

Le critère de distinction pourrait être le degré d'implication du représentant syndical dans le mouvement. En 1979⁸⁵¹, le Conseil d'État a d'ailleurs considéré qu'il y avait lieu de conférer une responsabilité particulière aux représentants du personnel déduite de leur rôle de meneurs lors d'un conflit, cette intervention « excédant le cadre de l'exercice normal de leur mandat ». Dans sa décision, la haute juridiction paraît même présumer le rôle de meneur du délégué à partir du seul indice que constitue sa qualité⁸⁵². Le rôle de "dirigeant"⁸⁵³ est repris ultérieurement dans la jurisprudence. Dans une décision du 9 octobre 1987⁸⁵⁴, le Conseil d'État relève, par exemple, que les salariés, représentants du personnel « ont joué au cours des événements des rôles de meneurs et n'ont exercé aucune action modératrice tendant à limiter les excès des manifestants ». L'abus du droit de revendiquer résiderait donc dans ce rôle incitateur exercé par le délégué.

Pourtant, il n'est pas certain que la qualité de meneur du salarié protégé soit réellement un élément déterminant dans les décisions du Conseil d'État. De l'étude de la jurisprudence, il ressort surtout que le licenciement ne peut être validé en l'absence de participation active et personnelle à des faits fautifs, le rôle dirigeant étant mentionné en sus mais n'étant pas décisif. Il semble même, à la lecture d'une décision de la Cour administrative d'appel de Lyon⁸⁵⁵, que les

⁸⁵⁰ M. Planiol, Note sous CA Bourges 19 juin 1894, *D.* 1894, p. 441

⁸⁵¹ CE 27 juin 1979, n° 13069, *Dr. soc.* 1979, p. 420, conclusions M-A. Latournerie

⁸⁵² A. Jeammaud, note sous CE 27 juin 1979, *D.* 1980, jp. p. 337

⁸⁵³ Expression employée dans CE 29 avril 1983, n° 11494

⁸⁵⁴ CE 9 octobre 1987, n° 71667, *JCP* 1988, éd. G, II, n° 20964. Voir également CE 8 février 1980, n° 09747 et CE 29 avril 1983, préc.

⁸⁵⁵ 17 mai 1999, n° 96LY02542

salariés protégés puissent être reconnus comme meneurs dans un conflit, mais que, pour autant, leurs licenciements ne soient pas autorisés car « rien ne permet d'apprécier les circonstances exactes et la portée des fautes commises » par eux.

Le critère du rôle d'incitateur n'est en pratique qu'un élément parmi d'autres permettant d'apprécier l'implication du salarié protégé dans les actions en cause. Ainsi, dans un arrêt du conseil d'État du 20 mai 1994⁸⁵⁶, les juges ont considéré que le salarié n'avait pas commis de faute d'une gravité suffisante, et ce, en raison de plusieurs éléments : il n'avait pas joué le rôle de meneur, les actions ont été conduites postérieurement à la mise à pied à titre conservatoire de l'ensemble du personnel en grève et les faits ont cessé après que le médiateur eut appelé à la reprise du travail. Ce qui fonde le licenciement, est véritablement la participation active et personnelle du salarié protégé aux faits fautifs et pour le déterminer, le juge va rechercher, entre autres, l'influence qu'a pu exercer le représentant du personnel.

Il n'y aurait donc pas véritablement d'abus du droit de revendiquer, spécifique au délégué syndical, mais une possibilité d'abus du droit de grève partagée avec n'importe quel salarié.

L'abus est ainsi un moyen de contrôler efficacement les droits-fonctions dont sont titulaires les représentants du personnel. Le caractère dédié de leurs attributions permet de s'assurer de l'adéquation de leur mission au but qui lui est fixé par la loi et la jurisprudence. Ce mode de responsabilité nécessite donc une détermination préalable de la finalité attribuée à ces prérogatives pour ensuite la confronter à l'exercice effectif de celle-ci. La responsabilité tirée du défaut de

⁸⁵⁶ n° 145970, *RJS* 8-9/94, n° 1014

droit est, quant à elle, plus aisée à mettre en œuvre, dans la mesure où il s'agit plus simplement de s'assurer que le titulaire du droit n'a pas dépassé les limites objectives de ce que la loi lui permet.

Section 2 : Le défaut de droit

A côté de l'abus, existe une autre manière de limiter et contrôler les droits. Ceux-ci sont en effet également circonscrits dans leur contenu et leur existence même. Il y a ce que le titulaire du droit peut faire et ce qu'il ne peut pas faire. Est alors une source de responsabilité le fait de dépasser le cadre de ce que la loi ou la jurisprudence permet. Mais à la différence de l'abus de droit qui n'est sanctionné qu'en présence d'une faute causant un préjudice à autrui, le défaut de droit est réprimé en l'absence même de tout dommage. C'est alors le seul dépassement de ce qui est autorisé qui fonde la responsabilité. Pour ce qui concerne la représentation du personnel, les hypothèses principales de défaut de droit concernent l'obligation de discrétion et le secret professionnel (§1) et le droit de revendiquer (§2), auxquels s'ajoutent d'autres limitations d'origine légale, ou jurisprudentielle (§3).

§1. L'obligation de discrétion et le secret professionnel

Cette limite au droit d'informer les salariés comporte deux types d'obligations distinctes : le secret professionnel relatif aux procédés de fabrication (A) ainsi qu'une obligation de discrétion à l'égard des informations confidentielles (B).

A. *Le secret professionnel*

Selon l'article L. 2325-5 du Code du travail, « les membres du comité d'entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication ». La même obligation pèse sur les délégués syndicaux⁸⁵⁷. Plusieurs auteurs relèvent la rédaction maladroite de ces textes⁸⁵⁸ notamment en ce qu'ils visent les délégués syndicaux alors que, de toute évidence, ne sont ici concernés que les représentants syndicaux au comité d'entreprise. En outre, une ambiguïté est apparue à propos de l'infraction commise. À l'origine, il était prévu de façon beaucoup plus générale que les membres du comité d'entreprise étaient tenus au secret professionnel sous peine d'encourir les sanctions de l'article 378 du Code pénal. Mais cette formule fut modifiée par la loi du 18 juin 1966⁸⁵⁹ qui est à l'origine des textes actuels. Bien que toute référence au Code pénal ait disparu, on s'accorde à reconnaître que ces textes sont sanctionnés pénalement. Mais il est possible d'hésiter entre l'article 226-13 du Code pénal sanctionnant les violations du secret professionnel⁸⁶⁰, et l'article L. 1227-1 du Code du travail punissant la violation du secret de fabrique. L'article 226-13 concerne les personnes exerçant une fonction ou une profession qui implique pour le public une confiance absolue. Il est douteux que les représentants du personnel puissent être assimilés à ces personnes car ce serait admettre que la loi a voulu donner à leurs activités un caractère confidentiel dans un intérêt général. Les poursuites pénales se fonderont donc plutôt sur l'article L. 1227-1 du Code du travail⁸⁶¹. Cependant, il n'existe, à

⁸⁵⁷ C. trav. art. L. 2143-21

⁸⁵⁸ R. de Quenaudon, « Comité d'entreprise – Mise en place, composition, fonctionnement », *Rép. Trav. Dalloz*, n° 263 ; M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009

⁸⁵⁹ N° 66-427

⁸⁶⁰ En ce sens, M. Cohen, préc.

⁸⁶¹ En ce sens : R. de Quenaudon, préc. ; J. Dupuy, « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *D.* 1983, chron, p. 57 .

notre connaissance, aucune jurisprudence sur le secret professionnel des membres du comité.

Lors de la discussion du projet de loi Auroux, certains parlementaires ont préconisé un élargissement du domaine du secret. Devant l'Assemblée nationale, a été défendu un amendement proposant l'extension du secret à l'introduction de technologies nouvelles et même aux projets de cession, fusion, de prise de participation, de modifications importantes des structures de production de l'entreprise, d'acquisition ou de cession de filiales. Cet amendement a été repoussé car sa formulation impliquait que toutes les informations relatives à la stratégie de l'entreprise, qu'il s'agisse de l'introduction de nouvelles technologies ou de projets de restructuration fussent soumises au secret professionnel. Il a semblé préférable d'assortir de telles informations d'une obligation de discrétion qui n'a rien de systématique. Une telle obligation n'a pas la rigidité du secret professionnel puisqu'elle peut être sollicitée au cas par cas et n'entraîne pas les sanctions pénales qui sont attachées à la transgression de celui-ci.

B. L'obligation de discrétion

L'obligation de discrétion a été introduite dans le Code du travail par la loi du 18 juin 1966. L'article L. 2325-5 alinéa 2 énonce que « les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur ». L'obligation ne se limite pas aux personnes envisagées par l'article mais s'étend aux experts comptables, aux

Cet article prévoit un emprisonnement de deux ans et une amende de 30 000 euros

experts appelés à assister le comité d'entreprise ainsi qu'aux experts et techniciens de l'entreprise qui peuvent participer aux commissions instaurées par le comité. Sont encore concernés les salariés susceptibles de compléter le comité au cours de la procédure d'alerte, les représentants du comité d'entreprise au conseil d'administration et de surveillance⁸⁶², ainsi que les membres de la commission économique⁸⁶³. La question de l'application d'une telle obligation aux salariés ou autres personnes qui, sur invitation du comité, participent à ses réunions est posée. La doctrine est divisée sur ce point⁸⁶⁴. Nous estimons pour notre part, comme le professeur Savatier, que « l'obligation de discrétion perdrait toute portée si le comité était libre de divulguer les informations confidentielles dont il a connaissance à n'importe quel salarié de l'entreprise invité par lui à faire partie d'une commission »⁸⁶⁵.

Les représentants au comité d'entreprise ne sont tenus de l'obligation qu'à deux conditions : l'information doit présenter un caractère confidentiel⁸⁶⁶ et être présentée comme telle par l'employeur. Ainsi, lorsque le procès-verbal de la réunion du comité ne mentionne pas que les informations données par l'employeur sont confidentielles, la sanction disciplinaire prononcée contre un salarié membre du comité qui a divulgué des informations doit être annulée⁸⁶⁷.

⁸⁶² Voir A. Teissier, « L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction », *JCP* 2003, éd E, n° 662, p. 746

⁸⁶³ N'est en revanche pas soumis à cette obligation un syndicat, quand bien même une identité de personnes pourrait exister entre lui et les membres du comité d'entreprise ou les représentants syndicaux : Cass. soc. 5 mars 2008, n° 06-18907, *Bull. V*, n° 55

⁸⁶⁴ Pour : R. de Quenaudon, préc. ; J. Savatier, « L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1985, p. 111. *Contra* : M. Cohen, préc.

⁸⁶⁵ J. Savatier, préc.

⁸⁶⁶ Les seules informations réputées confidentielles au sens de l'article L 2325-5 sont :

- dans les sociétés employant au moins 300 salariés ou réalisant un chiffre d'affaire de 18 000 000 euros, la situation de l'actif réalisable et disponible, la situation du passif exigible, le compte de résultat prévisionnel, le tableau de financement et le plan de financement prévisionnel (C. trav. art. L. 2323-10)
- dans toutes les entreprises, toutes les informations communiquées à la suite de la procédure d'alerte déclenchée par le comité d'entreprise (C. trav. art. L 2323-82)

⁸⁶⁷ Cass. soc. 12 juillet 2006, n° 04-47558, *Bull. V*, n° 256

La création de cette obligation aurait pu inciter les chefs d'entreprise à diffuser au comité des informations qui, traditionnellement, font partie du secret des affaires. L'on aurait également pu croire que l'accroissement des informations auxquelles cette instance a accès aurait accordé une importance nouvelle au problème. C'est ce que faisait ressortir le rapport Auroux quand, après avoir préconisé le renforcement de l'information du comité, il ajoutait : « le nombre et l'importance de l'information transmise implique que les principes du secret professionnel et de confidentialité soient solennellement réaffirmés. La définition d'une responsabilité nouvelle des représentants du personnel impose le strict respect des règles du jeu dans ce domaine ». Le professeur Savatier relevait également que « le développement des attributions des comités d'entreprise, pour les faire davantage participer à l'élaboration des décisions correspondant à la stratégie économique de l'entreprise dans un milieu où la concurrence est redoutable, les fait entrer dans le secret des affaires. Cela ne peut réussir que si un climat de confiance peut être établi entre la direction et le comité. On ne fait des confidences que si l'on a confiance dans la discrétion de son confident »⁸⁶⁸. L'obligation de discrétion n'est donc que le corollaire de l'accroissement des prérogatives du comité⁸⁶⁹. Cependant, dans la mesure où l'information de ce dernier ne constitue pas un authentique pouvoir⁸⁷⁰, tout comme l'information des salariés par le comité⁸⁷¹, cette responsabilité est la contrepartie d'un simple droit-fonction. Cela vient confirmer, qu'en matière de

⁸⁶⁸ J. Savatier, préc.

⁸⁶⁹ Certains auteurs avaient cependant trouvé le système contestable en faisant observer qu'« on saisit mal dans quel but le législateur aurait accru le nombre des informations obligatoirement communiquées aux représentants du personnel si ce n'était pour que ces derniers les transmettent aux travailleurs » : G. Viney, note sous Cass. soc. 11 octobre 1972, *D.* 1973, jp, p. 344

⁸⁷⁰ Cf *supra* Ière partie

⁸⁷¹ Cf *supra* Ière partie

représentation du personnel, limiter la responsabilité aux véritables pouvoirs, conduirait à une certaine immunité, inacceptable et dangereuse. Il est donc nécessaire de contrôler également les droits des titulaires de mandat.

En pratique, le contentieux est très rare sur cette question. Et cela tient sans doute au fait que les informations communiquées par les chefs d'entreprise sont déjà plus ou moins publiques et que devant le danger commercial ou financier que présente la divulgation d'une information sensible, ces derniers préfèrent enfreindre la loi plutôt que de communiquer certaines données⁸⁷². Les quelques décisions en la matière abordent d'ailleurs davantage les aspects "techniques" de l'obligation⁸⁷³.

§2. Les limites du droit de revendiquer

Nous avons vu que le droit de revendiquer est susceptible d'abus lorsque, lors d'un mouvement collectif répondant à la qualification juridique de la grève, des actes particulièrement exceptionnels entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner, la désorganisation de l'entreprise. Le défaut de droit, appliqué au droit de revendiquer, concerne, quant à lui, les faits qui dépassent le cadre de ce que la loi et le juge permettent en pareilles circonstances.

Sont interdits les mouvements collectifs qui ne peuvent être qualifiés de grève (A) ainsi que les actes qui sont commis à l'occasion d'une grève authentique mais qui ne peuvent être rattachés à celle-ci en raison de leur caractère illicite (B).

⁸⁷² En ce sens : M. Cohen, préc. ; R. de Quenaudon, préc.

⁸⁷³ Ainsi de l'arrêt du 12 juillet 2006 précité qui précise que l'indication du caractère confidentielle de l'information doit figurer au procès-verbal de la réunion

A. Les mouvements illicites

Reconnue par le Préambule de la constitution de 1946 comme « un principe particulièrement nécessaire à notre temps », le droit de grève n'a jamais fait l'objet d'une définition, ni de la part du constituant, ni de celle du législateur. C'est donc au juge qu'est revenu la charge de la définir. Désormais, la grève se présente comme « une cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles »⁸⁷⁴. Tout ce qui ne répond pas à cette formulation n'est donc pas une grève. L'idée de "grève illicite" est donc juridiquement incorrecte, comme le souligne Philippe Waquet⁸⁷⁵. Une action qui n'entre pas dans la définition du droit de grève n'est précisément pas une grève, c'est « autre chose »⁸⁷⁶.

Ces principes sont applicables tant aux mouvements collectifs qui se déroulent dans le secteur privé qu'à ceux qui interviennent dans le secteur public (1), même si, dans ce dernier, des restrictions supplémentaires ont été instaurées (2).

1. Les règles générales

Ayant défini la grève, seront exclus de cette qualification les mouvements qui ne manifestent pas un authentique arrêt de travail ou qui n'ont pas pour objet la satisfaction de revendications professionnelles. Les représentants du personnel, en raison de leur implication importante lors des conflits collectifs, peuvent contribuer à rendre le mouvement illicite.

⁸⁷⁴ Voir par exemple : Cass. soc. 4 novembre 1992, n° 90-41899, *Bull. V*, n°529

⁸⁷⁵ Ph. Waquet, « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », *RJS* 3/95, p. 139

⁸⁷⁶ Ph. Waquet, préc.

Tout d'abord, l'élu ou le syndicaliste ne peuvent faire grève seuls. Pour faire grève, il faut être au moins deux⁸⁷⁷. Cette exigence permet de différencier sur le plan individuel l'exercice du droit de grève de l'insubordination⁸⁷⁸. Deux exceptions sont toutefois admises : lorsque le représentant répond, dans son entreprise, à un mot d'ordre qui dépasse le cadre de cette dernière⁸⁷⁹ ou lorsqu'il est l'unique salarié de l'entreprise⁸⁸⁰.

Par ailleurs, le représentant élu ou le délégué syndical actionné par son syndicat peuvent être tentés de ralentir le travail ou d'exécuter de manière défectueuse leurs tâches. Or, pour qu'il y ait grève, la Cour de cassation exige une cessation totale du travail qui doit intervenir au cours d'une période de travail effectif. Un mouvement collectif, initié et organisé par un syndicat, qui ne comporte aucun arrêt de travail, ne peut donc être qualifié de grève⁸⁸¹. Pareillement, le ralentissement de l'activité, l'exécution partielle, volontairement défectueuse ou dans des conditions autres que celles prévues au contrat ne constituent pas une grève authentique⁸⁸². Au ralentissement anormal des cadences de travail correspond plutôt l'hypothèse de la "grève perlée", même si

⁸⁷⁷ CA Nancy, 13 mai 2003, *RJS*, 12/2003, n° 1429

⁸⁷⁸ Mais le caractère collectif n'implique pas l'existence d'une majorité de salariés grévistes. Même minoritaires dans l'entreprise, les grévistes restent grévistes : « l'arrêt de travail concerté de 58 ouvriers d'une entreprise dans le but d'obtenir une amélioration des conditions de travail ne saurait perdre le caractère de grève par le seul fait qu'il n'a pas été observé par la majorité du personnel » (Cass. soc. 3 octobre 1963, *Bull. IV*, n° 645)

⁸⁷⁹ Sur le plan national, régional ou départemental.

« La grève étant une cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles, un salarié, sauf dans le cas où il obéit à un mot d'ordre formulé au plan national, ne peut prétendre exercer isolément le droit de grève » : Cass. soc. 29 mars 1995, n° 93-41863, *Bull. V*, n° 111

⁸⁸⁰ « Si la grève est la cessation collective et concertée du travail par des salariés en vue d'appuyer des revendications professionnelles et ne peut, en principe, être le fait d'un salarié agissant isolément, dans les entreprises ne comportant qu'un salarié, celui-ci, qui est le seul à même de présenter et de défendre ses revendications professionnelles, peut exercer ce droit constitutionnellement reconnu » : Cass. soc. 13 novembre 1996, n° 93-42247, *Bull. V*, n° 379 et *Dr. soc.* 1997, p. 368, observations C. Radé

⁸⁸¹ Cass. soc. 26 janvier 2000, n° 97-15291, *Bull. V*, n° 38

⁸⁸² « Il n'y a pas arrêt de travail quand le travail est exécuté au ralenti ou dans des conditions défectueuses » : Cass. soc. 5 mars 1953, n° 53-01392, *Bull. V*, n° 185

cela constitue également une exécution défectueuse du travail⁸⁸³. L'exécution « dans des conditions autres que celles prévues au contrat » peut prendre d'autres formes : refus par les agents de la SNCF de contrôler les billets des voyageurs⁸⁸⁴, modification de l'activité⁸⁸⁵, refus d'exécuter les astreintes⁸⁸⁶, grèves "d'auto-satisfaction"⁸⁸⁷.

Mais c'est l'existence de revendications, et plus spécialement de revendications professionnelles, qui constitue « le nœud du droit de grève »⁸⁸⁸. La disqualification d'arrêts de travail, que les représentants du personnel présentent comme une grève, en mouvements illicites intervient principalement pour défaut de revendications professionnelles. Cependant cette disqualification est rare, la notion de revendications professionnelles étant très large.

En premier lieu, l'absence totale de revendication conduit bien évidemment à exclure la qualification de grève. À ce sujet, une difficulté peut exister dans la distinction entre les réunions des grévistes, qui peuvent se tenir pendant le temps de travail, et les réunions syndicales mensuelles qui ne peuvent se tenir qu'en dehors du temps de travail⁸⁸⁹. En effet, certains responsables syndicaux sont tentés d'organiser des rassemblements pendant le travail en appelant les salariés à se mettre en grève pendant la seule durée de la réunion. Dans ce cas, les juges ont déjà relevé que « les délégués n'avaient pas

⁸⁸³ Cass. soc. 22 avril 1964, *Bull. V*, n° 320 ; Cass. soc. 8 octobre 1987, n° 84-45915, *Bull. V*, n° 539

⁸⁸⁴ Cass. soc. 16 mars 1994, n° 91-43349, *Bull. V*, n° 92

⁸⁸⁵ Cass. soc. 16 mai 1989, n° 85-43359, *Bull. V*, n° 360 : en l'occurrence, refus de doubler les pièces simples et d'émailler toutes les pièces, refus de respecter les horaires de travail

⁸⁸⁶ Cass. soc. 2 février 2006, n° 04-12336, *Bull. V*, n° 52

⁸⁸⁷ Cass. soc. 21 juin 1989, 88-44240, *Bull. V*, n° 457

⁸⁸⁸ Ph. Waquet, préc.

⁸⁸⁹ C. trav. art. L. 2142-10

véritablement entendu exercer le droit de grève mais avaient seulement cherché à se soustraire, sous le couvert d'une fiction, à la prescription légale qui leur interdisait de tenir une réunion syndicale durant les heures de travail »⁸⁹⁰. De même, l'arrêt de travail ayant pour seul objet de permettre aux salariés d'assister à une audience de référé concernant un litige entre leur syndicat et leur employeur, à propos de l'application d'une convention collective, « ne constitue pas l'exercice normal du droit de grève »⁸⁹¹.

Les représentants du personnel peuvent également cesser le travail et inciter les autres salariés à en faire de même, pour appuyer des revendications qui ne présentent pas un caractère professionnel. Ceci pose la question de la validité des grèves de solidarité et des grèves politiques⁸⁹². Les grèves de solidarité interne⁸⁹³, sont tantôt valables, tantôt disqualifiées. La jurisprudence distingue en effet deux types de situations. Ou bien le mouvement est de pure solidarité, c'est-à-dire que les grévistes ne présentent pas de revendications les concernant eux-mêmes et prennent seulement la défense d'un autre travailleur : le mouvement est alors illicite⁸⁹⁴. Ou bien les grévistes, tout en prenant la défense d'autrui, présentent des réclamations professionnelles les concernant

⁸⁹⁰ Cass. crim. 9 novembre 1971, n° 70-92884, *Bull. crim.*, n° 305. Également Cass. soc. 30 mars 1978, n° 76-40368, *Bull. V.*, n° 246 et Cass. soc. 26 mars 1980, n° 79-40025, *Bull. V.*, n° 297

⁸⁹¹ Cass. soc. 7 juin 1995, n° 93-43895, *Bull. V.*, n° 179

⁸⁹² Ces mouvements ne sont, juridiquement, pas toujours des grèves et sont néanmoins communément appelés de la sorte. C'est pourquoi nous gardons ces intitulés, même s'ils sont, à l'évidence, inappropriés.

⁸⁹³ Qui ont pour objet de soutenir un autre salarié de l'entreprise

⁸⁹⁴ En particulier lorsqu'il a pour but de protester contre le licenciement d'un salarié : Cass. soc. 18 mars 1982, n° 80-40576, *Bull. V.*, n° 182 ; Cass. soc. 16 novembre 1993, n° 91-41024, *Bull. V.*, n° 268 et *Dr. soc.* 1994, p. 35, rapp. Ph. Waquet, note J-E. Ray

Idem pour protester contre une mise à pied : Cass. soc. 30 mai 1989, n° 86-16765, *Bull. V.*, n° 405

eux-mêmes, le mouvement est alors bien une grève⁸⁹⁵. Les grèves de solidarité externe⁸⁹⁶ bénéficient, quant à elles, d'un nouvel éclairage depuis que « la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève »⁸⁹⁷. Des revendications portant sur des problèmes extérieurs peuvent donc fonder une grève si ces revendications sont professionnelles. Peu importe que l'employeur ne puisse pas donner satisfaction aux manifestants parce que la demande concerne un autre chef d'entreprise. Peu importe également le lien entre les revendications qui ont suscité l'action initiale et les intérêts des salariés associés au mouvement de soutien⁸⁹⁸. Seul compte le caractère professionnel de la demande. Le champ de la grève authentique est donc élargi.

Il en est de même s'agissant des grèves "politiques", pour lesquelles les syndicalistes jouent généralement un rôle majeur puisqu'il s'agit de mouvements dont les revendications sont très générales et qui nécessitent une organisation particulière. Une approche identique à celle des grèves de solidarité doit désormais être adoptée pour apprécier leur validité. Si la grève politique est non authentique, ce ne peut être désormais qu'en raison du caractère non professionnel de la demande. Cela limite considérablement les hypothèses de véritables grèves politiques, qui constituent des mouvements illicites. Déjà étaient reconnus comme relevant du droit de la grève une journée nationale

⁸⁹⁵ Protestation contre une obligation imposée à un salarié mais pouvant concerner les autres également : Cass. soc. 30 novembre 1977, n° 76-40043, *Bull. V*, n° 655 ; Cass. soc. 27 novembre 1985, n° 82-43649, *Bull. V*, n° 559 ;

En cas de licenciement économique, la solidarité avec les victimes est licite, la grève étant motivée par la défense de l'emploi en général : Cass. soc. 22 novembre 1995, n° 93-44017, *Bull. V*, n° 307

⁸⁹⁶ En solidarité avec les salariés d'une autre entreprise

⁸⁹⁷ Cass. soc. 23 octobre 2007, n° 06-17802, *Bull. V*, n° 169

⁸⁹⁸ Antérieurement Cass. crim. 12 janvier 1971, n° 70-90753, *Bull. crim.* n° 5

d'action contre le plan "Barre"⁸⁹⁹ ou un mouvement national pour la défense des retraites⁹⁰⁰. Evidemment, de tels mouvements sont proches de la grève politique dans la mesure où ils sont dirigés contre la politique du gouvernement. Cependant, il est indiscutable que le politique et le social sont intimement liés. D'autre part, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, puisque ces actions présentent un caractère professionnel, au sens où les mesures contestées visent, même potentiellement, les salariés, elles doivent être qualifiées de grèves. La véritable grève politique, mouvement illicite, se trouve réduite au strict minimum, pour ne plus concerner que les hypothèses où il n'y aurait aucun lien avec les intérêts professionnels des salariés. Tel pourrait être, par exemple, le cas d'une action en réaction à la politique extérieure du gouvernement.

La compréhension extensive des "revendications professionnelles" pose cependant certaines questions. N'est-ce pas aller au-delà de ce que le droit de grève représente ?

Certains auteurs y voient même un désastre dans le contexte actuel car, « les entreprises privées risquent de faire les frais de tout mécontentement suscité par la politique gouvernementale, la grève étant devenue une forme de catharsis nationale plus qu'une arme de défense face au pouvoir patronal »⁹⁰¹. D'autant que parfois, les entreprises elles-mêmes souffrent de la conjoncture ou des mesures qui sont dénoncées par les grévistes et doivent subir en outre les effets d'une grève.

⁸⁹⁹ Cass. soc. 29 mai 1979, n° 78-40553, *Bull. V*, n° 464

⁹⁰⁰ Cass. soc. 15 février 2006, n° 04-45738, *Bull. V*, n° 65 et *Dr. soc.* 2006, p. 577, observations C. Radé

⁹⁰¹ R. Vatinet, note sous Cass. soc. 15 février 2006, *JCP* 2006, éd S, p. 1364

2. Les spécificités des services publics⁹⁰²

Dans les services publics, la grève est soumise à des restrictions légales particulières. Tout d'abord le droit d'initiative est reconnu exclusivement aux organisations syndicales représentatives⁹⁰³, ce qui corrélativement, induit une responsabilité plus importante tant des syndicats eux-mêmes que de leurs délégués en cas de méconnaissance des règles applicables, qui sont également plus nombreuses. Car toute grève doit être précédée d'un préavis de cinq jours exposant les motifs de celle-ci et précisant le lieu, la date et l'heure du début de l'arrêt de travail ainsi que la durée, limitée ou non, de la grève envisagée⁹⁰⁴. Dans les transports publics, les salariés doivent, en outre, informer l'employeur au plus tard quarante-huit heures à l'avance de leur intention de participer au mouvement⁹⁰⁵. Les grèves "tournantes" sont également interdites⁹⁰⁶. Cependant, concernant ces dernières, plusieurs arrêts récents remettent en cause indirectement leur interdiction. Tout d'abord, la Cour de cassation permet à chaque syndicat de fixer la date ou la durée de la cessation de travail qui lui paraît la plus adéquate. En l'espèce, trois préavis de grève avaient été déposés, prévoyant respectivement des arrêts de travail de 6 h 16 à 7 h 15, de 16 h à 16 h 59 et enfin de 3 h à 3 h le matin suivant. La chambre sociale, retenant qu'aucune disposition légale n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter chacune un préavis de grève, a considéré que chacune peut prévoir une date de cessation du travail différente⁹⁰⁷. Enfin, et surtout, la Haute assemblée – saisie d'un litige où un syndicat avait déposé un

⁹⁰² Sont concernés les personnels visés à l'article L. 2512-1 du Code du travail

⁹⁰³ C. trav. art. L. 2512-2. À l'inverse du secteur privé où « un arrêt de travail ne perd pas le caractère de grève licite du fait qu'il n'a pas été déclenché à l'appel d'un syndicat » : Cass. soc. 19 février 1981, n° 79-41281, *Bull. V*, n° 143

⁹⁰⁴ Ce préavis peut émaner simplement de la section syndicale créée par un syndicat représentatif : CE 4 févr. 1976, n° 97685

⁹⁰⁵ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs

⁹⁰⁶ C. trav. art. L. 2512-3

⁹⁰⁷ Cass. soc. 4 février 2004, n° 01-15709, *Bull. V*, n° 33

préavis de grève pour plusieurs journées invitant les salariés à cesser le travail pendant 55 minutes chaque jour sur une même plage horaire ou sur des plages horaires différentes – décide, non seulement « qu'un préavis unique peut porter sur des arrêts de travail d'une durée limitée étalés sur plusieurs jours », mais encore « qu'aucune disposition légale n'interdisait l'envoi de préavis de grèves successifs »⁹⁰⁸. Il subsiste néanmoins une limite que la chambre sociale reprend à son compte et que le conseil d'État formulait avant elle sur la base d'une circulaire de 1964 : le fonctionnaire ne peut cesser le travail qu'au début de chaque prise de service.

B. Les actes illicites

La conduite de la grève suppose un minimum de centralisation, de solidarité et de discipline. Les représentants du personnel, peuvent chercher à l'imposer aux indécis ; la tentation de la contrainte peut alors être grande. En outre, face à la difficulté de trouver un véritable interlocuteur patronal, les formes de lutte se sont diversifiées, radicalisées et la violence n'est pas toujours exclue.

Un délit spécial a été créé par le législateur, celui d'entrave à la liberté du travail⁹⁰⁹. Mais en fait, ce n'est pas réellement la liberté du travail qui est protégée. Il s'agit plutôt de punir certains procédés illicites destinés à provoquer une cessation de travail non voulue⁹¹⁰. Parmi ces moyens, la loi évoque l'emploi

⁹⁰⁸ Cass. soc. 7 juin 2006, n° 04-17116, *Bull. V*, n° 204 et *JCP* 2006, éd S, n° 1734, p. 33, note R. Vatinet. Également Cass. soc. 30 janvier 2008, n° 06-21781, inédit

⁹⁰⁹ C. pén. art. 431-1

⁹¹⁰ « L'article 414 du Code pénal, réprimant les atteintes portées, au cours d'une grève, à la liberté du travail, n'a pas pour objet la protection du travail en soi, mais exclusivement celle de la liberté des travailleurs contre les procédés de nature à faire obstacle à leur droit de prendre une décision personnelle en ce qui concerne leur participation à une action collective

de menaces. Pour caractériser l'infraction, les menaces « doivent être de telle nature qu'un homme normalement énergique qui en est l'objet soit amené à agir contre sa propre volonté et à faire ce qu'il ne veut pas faire, parce qu'il aura de sérieuses raisons d'appréhender un attentat contre sa personne, sa famille ou ses biens »⁹¹¹. Ainsi, le comportement des membres d'un piquet de grève est-il constitutif de menaces dès lors que la violence des propos tenus est de nature à provoquer une modification du comportement initial des non grévistes⁹¹². En revanche, la présence passive des grévistes dans un piquet de grève⁹¹³ ou sur leur poste de travail⁹¹⁴ ne relève pas de l'article 431-1 alinéa 1.

A côté des menaces, le Code pénal fait référence à l'entrave réalisée à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens que la loi donne à ces termes. Il a été jugé que « le fait par des ouvriers, composant un piquet de grève, d'établir des barrages aux portes d'une usine afin d'empêcher les salariés non grévistes de gagner leurs postes de travail, et de soumettre à des bousculades et à des bourrades ceux qui tentaient de forcer le passage, ces actes d'agression étant de nature à les impressionner, à leur faire redouter l'exercice de violences plus graves et à les amener ainsi à agir contre leur propre volonté » constituait une voie de fait⁹¹⁵.

et concertée, liée à des revendications professionnelles » : Cass. crim. 15 mai 1987, n° 86-91015, *Bull. crim.* n° 198 ; déjà en ce sens : Cass. crim. 29 juin 1950, *Bull. crim.* n° 201 ; Cass. crim. 13 mars 1951, *Bull. crim.* n° 88 ; Cass. crim. 12 décembre 1951, *Bull. crim.* n° 340 ; Cass. crim. 25 mars 1954, *Bull. crim.* n° 125 ; Cass. crim. 5 février 1957, *Bull. crim.* n° 116

⁹¹¹ Jurisprudence citée par A Coeuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 3^{ème} éd., 2004, n° 644

⁹¹² Cass. crim. 5 février 1957, *Gaz. Pal.* 1957, jp, p. 427

⁹¹³ Cass. crim. 10 mars 1939, *Gaz. Pal.* 1939, jp, p. 663

⁹¹⁴ CA Grenoble 9 juin 1978, arrêt cité par A. Coeuret et E. Fortis, préc.

⁹¹⁵ Cass. crim. 27 novembre 1979, n° 78-93150, *Bull. crim.* n° 339

Les représentants du personnel, en cherchant à donner une plus grande ampleur au mouvement, sont naturellement susceptibles de tomber sous le coup de ces infractions. Dans son arrêt du 15 mai 1987, le juge criminel relève d'ailleurs que trois responsables syndicaux dirigeaient l'action et entraînaient leurs camarades⁹¹⁶.

Outre l'infraction spéciale d'entrave à la liberté du travail, d'autres actes passibles de poursuites pénales peuvent être commis.

Tout d'abord, la séquestration de personne. Ainsi, le fait de retenir l'employeur contre son gré, dans les locaux de l'entreprise, même en l'absence de violence, afin de le contraindre à accorder les avantages que les grévistes réclament constitue le délit de séquestration⁹¹⁷. Dans l'arrêt du 23 décembre 1986⁹¹⁸, le juge rejette l'argument selon lequel, « les conflits collectifs du travail constituent souvent des sources d'affrontements pouvant impliquer des immobilisations de personnes plus ou moins prolongées qui ne sauraient, en l'absence de violences caractérisées, donner matière à poursuites répressives ». Il n'y a donc pas lieu d'appliquer aux faits commis au cours d'une grève un régime de clémence particulier. Bien entendu, les magistrats modulent les peines en fonction des circonstances⁹¹⁹, mais cela n'ôte pas aux actes leur caractère délictueux.

⁹¹⁶ Cass. crim. 15 mai 1987, préc.

⁹¹⁷ Cass. crim. 23 décembre 1986, n° 85-96630, *Bull. crim.*, n° 384 ; Voir également Cass. crim. 4 avril 2002, n° 01-86505, inédit à propos d'un représentant syndical membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et Cass. crim. 20 décembre 2000, n° 00-82391, inédit, concernant un délégué syndical et un délégué du personnel

⁹¹⁸ Préc.

⁹¹⁹ Existence ou non d'une bande organisée, durée de la séquestration

Des atteintes aux biens peuvent également être commises. A, de cette façon, été condamné un salarié gréviste, leader syndical, qui avait volontairement dégradé et détérioré un buggy et des arbres appartenant à l'employeur⁹²⁰.

Enfin, les violences seront sanctionnées en fonction des blessures infligées à la victime⁹²¹. Le même leader syndical, a ainsi été condamné à six mois d'emprisonnement pour avoir, en s'opposant à l'entrée sur un site bloqué d'un salarié non gréviste, blessé ce dernier à l'oreille et à la mâchoire avec une pierre qu'il lui avait lancée⁹²². Des adhérents d'un syndicat ont pareillement été poursuivis pour avoir porté des coups et lancé des œufs sur des cadres de l'entreprise⁹²³.

§3. Les autres limitations légales et jurisprudentielles

De manière éparse, d'autres limitations aux droits-fonctions des représentants du personnel sont posées par la loi ou la jurisprudence. Leur non-respect constitue un défaut de droit.

A. Le dépassement des heures de délégation

Ainsi que nous avons pu l'indiquer précédemment, les représentants du personnel disposent, pour l'exercice de leur mission, d'un crédit d'heures de délégation. Le volume est fixé par la loi⁹²⁴ et varie selon l'institution en cause et

⁹²⁰ Cass. crim. 21 septembre 2004, n° 04-80555, inédit

⁹²¹ C. pén. art. 222-7 et suivants

⁹²² Cass. crim. 21 septembre 2004, n° 04-80556, inédit. Le même salarié a été condamné à quatre mois d'emprisonnement pour avoir porté des coups au plexus et dans le dos d'un autre gréviste à l'aide du manche d'un drapeau syndical : Cass. crim. 21 septembre 2004, n° 04-80555, préc.

⁹²³ Cass. crim. 15 février 1994, n° 92-85568, inédit

⁹²⁴ Mais certaines conventions collectives prévoient un crédit d'heures conventionnel supérieur au crédit légal

l'effectif de l'entreprise. Ce crédit légal peut être dépassé en cas de circonstances exceptionnelles, constituées par « une activité inhabituelle, nécessitant, de la part des représentants, un surcroît de démarches et d'activités débordant le cadre de leur tâches coutumières en raison, notamment, de la soudaineté de l'évènement ou de l'urgence des mesures à prendre »⁹²⁵.

En revanche, si le dépassement du crédit légal intervient en dehors d'usages, de conventions collectives ou de circonstances exceptionnelles, il y a défaut de droit. À quoi s'expose alors le représentant ? Si l'on considère que le crédit d'heures de délégation est un crédit de fonction, le salarié protégé ne peut pas s'absenter en dehors des cas prévus par la loi, même s'il ne prétend pas être rémunéré pour les heures excédentaires. S'il s'agit en revanche d'un crédit de rémunération, il pourra s'absenter au-delà du crédit qui lui est affecté, mais sans pouvoir prétendre à paiement s'il ne prouve pas l'existence de circonstances exceptionnelles. Cette dernière proposition est excessive et le crédit d'heures de délégation est davantage considéré comme un crédit de fonction⁹²⁶ dont le dépassement peut être sanctionné.

B. L'information des salariés

Sont accordées aux représentants du personnel certaines prérogatives afin de permettre la diffusion de l'information dans l'entreprise à destination des salariés. A ce titre, ils disposent du droit d'afficher des communications, de distribuer des tracts et d'organiser des réunions.

⁹²⁵ Cass. crim. 3 juin 1986, *Dr. soc.* 1986, p. 763

⁹²⁶ Cf *infra* Titre II

1. L'affichage et les tracts⁹²⁷

Les délégués du personnel peuvent faire afficher les renseignements qu'ils ont pour rôle de porter à la connaissance du personnel⁹²⁸. Le comité d'entreprise, quant à lui, peut diffuser ou afficher le procès-verbal de ses décisions⁹²⁹. Enfin, l'affichage des communications syndicales s'effectue sur des panneaux réservés à cet usage⁹³⁰ et les publications et tracts de nature syndicale peuvent être diffusés aux travailleurs de l'entreprise aux heures d'entrée et de sortie du travail⁹³¹. Ce droit de transmission de l'information est encadré par la loi tant dans ses modalités que dans son contenu.

Les délégués du personnel ne peuvent procéder à des affichages sur les portes de bureau⁹³², la loi limitant ce droit aux « portes d'entrée des lieux de travail »⁹³³. De même l'affichage syndical en dehors des panneaux prévus est interdit⁹³⁴. Par ailleurs, dans le cas des communications syndicales, un exemplaire doit être transmis à l'employeur⁹³⁵. S'agissant des tracts, une diffusion qui prendrait la forme du dépôt permanent d'une liasse de tracts ou publications dans un hall d'entrée⁹³⁶, ou qui se déroulerait pendant les pauses accordées sur les lieux de travail, sous l'autorité et la surveillance de

⁹²⁷ F. Saramito, « L'affichage syndical dans les entreprises », *Dr. ouvr.* 1973, p. 365 ; F. Saramito « La diffusion des publications et tracts de nature syndicale à l'intérieur des entreprises », *Dr. ouvr.* 1975, p.115

⁹²⁸ C. trav. art. L. 2315-7

⁹²⁹ C. trav. art. L. 2325-21

⁹³⁰ C. trav. art. L. 2142-3

⁹³¹ C. trav. art. L. 2142-4

⁹³² Cass. crim. 15 mars 1983, n° 82-92273, *Bull. crim.*, n° 85

⁹³³ C. trav. art. L. 2315-7

⁹³⁴ TGI Paris 11 mars 1981, *Dr. ouvr.* 1982, p. 348 ; Cass. soc. 9 juin 1983, n° 82-11087, *Bull. V.*, n° 316

⁹³⁵ C. trav. art. L. 2142-3 al. 2

⁹³⁶ Cass. crim. 30 janvier 1973, n° 72-92034, *Bull. crim.*, n° 55

l'employeur⁹³⁷ est exclue. Est considéré comme tel, le temps passé à la cantine pour le déjeuner⁹³⁸. Dans une perspective similaire, est constitutive d'une faute la remise sous enveloppe aux salariés, à leur poste de travail, d'un document leur proposant de participer à une réunion syndicale. La Cour estime en effet qu'un tel document doit être considéré comme un tract dont la diffusion ne peut s'effectuer qu'aux heures d'entrée et de sortie du travail⁹³⁹. Concernant les modalités de diffusion des communications syndicales, cette prérogative ne peut s'accomplir par voie postale⁹⁴⁰. L'envoi sur la messagerie électronique de l'entreprise n'est, quant à lui, possible qu'à la condition, soit d'être autorisé par l'employeur, soit d'être organisé par voie d'accord d'entreprise⁹⁴¹.

Le secrétaire du comité d'entreprise peut afficher ou diffuser le procès-verbal des réunions de l'institution⁹⁴². La transmission de tout autre document ou information est donc contraire à la loi et susceptible d'être sanctionnée. Quant aux affiches, publications et tracts de nature syndicale, leur contenu est déterminé librement, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse⁹⁴³. Cette limite, qui s'applique en fait à toute communication, vise l'exclusion des informations à caractère injurieux ou diffamatoire, c'est-à-dire

⁹³⁷ La chambre criminelle a refusé d'admettre que, même non comptées dans la durée du travail effectif, ces pauses soient assimilées, sauf accord contraire, à des heures d'entrée et de sortie du travail durant lesquelles la libre diffusion des tracts est autorisée : Cass. crim. 12 févr. 1979, n° 77-93799, *Bull. crim.*, n° 62

⁹³⁸ Cass. soc. 8 juillet 1982, n° 81-14176, *Bull. V.*, n° 478 ; Cass. soc. 20 octobre 1988, n° 85-46050, inédit ; Cass. soc. 9 juin 1983, n° 82-11087, *Bull. V.*, n° 316

⁹³⁹ Cass. soc. 31 mars 1998, n° 96-41876, *Bull. V.*, n° 141, *Dr. Soc.* 1998, p. 727, observations G. Couturier

⁹⁴⁰ Cass. crim. 25 mai 1982, n° 81-93443, préc.

⁹⁴¹ Cass. soc. 25 janvier 2005, n° 02-30946, *Bull. V.*, n° 19, *SSL* 2005, supp. n° 1225, p. 9, observations J-E Ray, *Dr. Soc.* 2005, p. 705, observations L. Sainfel et G. Tanguy

⁹⁴² Sous réserve de respecter l'obligation de discrétion et le secret professionnel, cf *supra*

⁹⁴³ C. trav. art. L. 2142-5

l'emploi d'une expression outrageante et l'imputation d'un fait déterminé portant atteinte à l'honneur et à la considération.

Cependant, l'exercice de la fonction représentative suppose l'existence d'une liberté d'expression plus étendue que celle qui est reconnue à tout salarié, en particulier au cours de réunions qui peuvent être marquées par une certaine vivacité des échanges. Il en va de même pour les publications et tracts syndicaux. Une distinction doit donc être faite entre des propos simplement polémiques et de véritables injures ou écrits diffamatoires. Cela est évidemment très difficile et la frontière est particulièrement malaisée à tracer.

La chambre criminelle ne semble pas considérer, en principe, comme des diffamations les communications syndicales s'adressant au patronat dans son ensemble, même si les termes utilisés sont violents⁹⁴⁴. Quant aux termes visant personnellement l'employeur, les juges ont considéré que la formule « le patron, cet affameur, cet exploiteur » n'était pas outrageante⁹⁴⁵.

Sont, en revanche, contraires à la loi les documents qui contiennent des imputations graves et injurieuses à l'égard du gérant de la société ainsi que des affirmations visant à dénigrer la société auprès de la clientèle⁹⁴⁶. A été également jugé diffamatoire un tract indiquant « Le patron, qu'est ce qu'il fait ? D'abord, il commence par se servir (et là on peut lui faire confiance, il se sert

⁹⁴⁴ Cass. crim. 4 décembre 1962, *Bull. crim.* n° 355 ; CA Versailles 25 février 1985, *D.* 1985, IR, p. 422

⁹⁴⁵ TGI Saverne, 22 juillet 1983, *RPDS* février 1984, n° 466, p. 35

⁹⁴⁶ CE 1^{er} juin 1979, n° 09231

comme il faut... !) »⁹⁴⁷. Il en va de même d'un tract qui énonce « les patrons se salissent rarement eux-mêmes les mains. Pour autant les ont-ils propres ? »⁹⁴⁸.

Même en dehors des dispositions spécifiques relatives à la presse, les communications offensantes et outrageantes peuvent être sanctionnées. Il en est ainsi d'une publication étrangère à toute revendication professionnelle, contenant des insinuations de nature à troubler les salariés en jetant la suspicion sur les dirigeants de la société et à entraîner des controverses, ou des remous sur les lieux de travail, insinuations qui étaient, au surplus, portées avec une malveillance blâmable⁹⁴⁹. C'est également le cas pour un délégué syndical qui, par voie d'affichage, avait proféré à l'égard de la direction, en des termes outranciers, des accusations calomnieuses et des appréciations péjoratives⁹⁵⁰. Enfin, la Cour d'appel de Paris a pu considérer que, même énoncées dans le cadre d'un conflit du travail, les affirmations contenues dans les tracts distribués aux passagers d'Air France, en tant qu'elles présentaient cette compagnie comme peu soucieuse de sécurité et uniquement préoccupée par la recherche du profit, constituaient un dénigrement de la société. Elles jetaient le discrédit sur celle-ci et étaient de nature à détourner la clientèle, lui causant ainsi un préjudice certain⁹⁵¹.

2. Les réunions

Les délégués du personnel peuvent librement se réunir entre eux. En revanche, ils ne peuvent organiser de réunion avec le personnel qu'avec l'accord

⁹⁴⁷ Cass. crim. 18 juin 1985, n° 84-90045, *Bull. crim.*, n° 234

⁹⁴⁸ Cass. crim. 31 janvier 1989, n° 87-90947, *Bull. crim.*, n° 38

⁹⁴⁹ Cass. soc. 4 février 1976, n° 75-40008, *Bull.*, n° 64

⁹⁵⁰ Cass. 27 janvier 1981, n° 80-90290, *Bull. crim.*, n° 39

⁹⁵¹ CA Paris 26 octobre 2005, *RJS* 1/06, n° 60

de l'employeur ou en prévoyant leurs modalités dans une convention ou un accord collectif de travail⁹⁵².

Quant au droit de réunion syndicale⁹⁵³, au sens de la faculté de réunion de tous les salariés syndiqués, il est solennellement reconnu dans l'entreprise depuis la loi du 27 décembre 1968. Attribuée à la section syndicale, cette faculté peut s'accomplir dans l'ensemble des entreprises selon la loi du 28 octobre 1982. L'article L. 2142-10 du Code du travail prévoit en effet que les adhérents de chaque section syndicale peuvent se réunir une fois par mois dans l'enceinte de l'entreprise en dehors des locaux de travail suivant des modalités fixées par accord avec l'employeur⁹⁵⁴. Ces assemblées se tiennent en dehors du temps de travail des participants⁹⁵⁵. L'endroit idéal pour se réunir est le local syndical s'il en existe un. Un rassemblement sur les lieux de travail serait évidemment illégal et passible de sanction, de même qu'une réunion organisée sur le temps de travail⁹⁵⁶.

L'article L. 2142-10 alinéa 2 autorise les sections syndicales à inviter des personnalités extérieures à l'entreprise. Cette faculté est soumise à certaines conditions. La participation de personnalités non syndicales est, dans tous les cas, subordonnée à un accord de l'employeur. Concernant les personnalités syndicales, la loi distingue selon que la réunion se tient ou non dans le local qui

⁹⁵² Cass. soc. 3 octobre 1963, *Bull. V*, n° 640 ; Cass. soc. 22 février 1967, *Bull. V*, n° 172

⁹⁵³ Voir par exemple C. Desset et M. Petit, « Les réunions mensuelles dans l'entreprise », *RPDS* 1975, p. 133

⁹⁵⁴ La formule employée par le code implique, théoriquement, que le personnel non syndiqué, même les sympathisants, ne puisse participer aux réunions. Cependant, en pratique, il sera impossible de contrôler l'appartenance ou la non-appartenance syndicale des travailleurs. L'ignorance dans laquelle doit se trouver l'employeur à ce sujet, interdit qu'il s'oppose à la participation des salariés non syndiqués à la réunion mensuelle.

⁹⁵⁵ A l'exception des représentants du personnel qui peuvent se réunir sur leur temps de délégation : C. trav. art. L. 2142-11

⁹⁵⁶ Cass. soc. 13 novembre 1974, n° 73-40513, *Bull. V*, n° 542 ; Cass. soc. 21 mai 1981, n° 79-40947, *Bull. V*, n° 440

doit être mis en permanence à la disposition de la section lorsque l'entreprise comprend plus de deux-cent salariés⁹⁵⁷. La présence de participants extérieurs sans l'autorisation de l'employeur alors que celle-ci était requise⁹⁵⁸ peut ainsi être sanctionnée⁹⁵⁹.

Le comité d'entreprise, enfin, peut organiser, dans le local mis à sa disposition, des réunions d'information, internes au personnel, portant notamment sur des problèmes d'actualité⁹⁶⁰. La notion de "problèmes d'actualité" est suffisamment vague pour que les sujets les plus variés puissent être abordés, y compris ceux qui touchent à l'actualité politique⁹⁶¹. Mais si l'actualité peut revêtir un caractère politique, il y a néanmoins des limites ; les réunions d'information ne doivent pas se transformer en réunion de propagande ou de recrutement de militants⁹⁶². La distinction entre information et propagande conduit, le plus souvent, à ne pas autoriser, dans les locaux réservés aux activités sociales et culturelles, les réunions au profit d'un parti politique qui, par définition, est en état permanent de propagande⁹⁶³.

Les réunions qui ne répondent pas aux conditions légales sont susceptibles d'être interdites, éventuellement en référé⁹⁶⁴. Les représentants du personnel, généralement organisateurs de ces rassemblements, peuvent être sanctionnés.

⁹⁵⁷ En application de l'article L. 2142-8 du Code du travail

⁹⁵⁸ Ou malgré le refus de l'employeur

⁹⁵⁹ Cass. soc. 8 janvier 1981, n° 79-41236 et 79-41284, *Bull. V*, n° 23 ; Cass. soc. 22 juillet 1982, n° 80-41279, *Bull. V*, n° 501 ; Angers 20 novembre 1979, *JCP éd E* 1980, p. 117, n° 9

⁹⁶⁰ C. trav. art. L. 2325-13

⁹⁶¹ Ph. Ardant, « L'organisation de réunions politiques par les comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1976, p. 377 ; J. Savatier, « Les activités politiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1977, p. 231

⁹⁶² Cass. crim. 7 novembre 1979, *D.* 1980, IR, p. 346 ; TGI Paris, 3 mars 1976, *Dr. soc.* 1976, p. 387 ; CA Lyon, 17 mars 1977, *Dr. soc.* 1977, p. 238 ; CA Paris 14 décembre 1976, *Dr. soc.* 1977, p. 231, observations J. Savatier

⁹⁶³ TGI Belfort, 18 octobre 1977, *Dr. ouvr.* 1978, p. 221

⁹⁶⁴ CA Paris, 14 décembre 1976, préc.

C. Les déplacements et la circulation

La loi accorde aux représentants du personnel la possibilité de se déplacer pour exercer leur mission. Cette liberté de circulation est consacrée dans les mêmes termes pour les membres du comité d'entreprise, les délégués du personnel ou les délégués syndicaux : les représentants peuvent, durant les heures de délégation, se déplacer hors de l'entreprise. Ils peuvent également, tant durant les heures de délégation qu'en dehors de leurs heures habituelles de travail, circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous les contacts nécessaires pour l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés⁹⁶⁵. Cette liberté de circulation a donc pour limite l'atteinte au travail des autres salariés. La gêne apportée, qui doit être importante, est appréciée en fonction des circonstances. Le ministère du travail suggère de prendre en considération la nature de la tâche effectuée et la durée de l'entretien avec le salarié⁹⁶⁶. Ainsi, la durée de l'entretien devra être plus réduite lorsque, par exemple le salarié est en contact avec la clientèle ou le public à une heure d'affluence. Les juges sont très peu enclins à reconnaître le caractère gênant de l'intervention des représentants du personnel. N'ont pas été jugés comme tels les contacts de courte durée pris par les délégués avec les salariés à leur poste de travail (environ dix minutes, un quart d'heure pour une quarantaine d'ouvriers), sachant que les représentants du personnel étaient intervenus soit individuellement, soit au plus à deux postes de travail et que l'intervention avait été limitée au ramassage de documents⁹⁶⁷. En définitive,

⁹⁶⁵ C. trav. art. L. 2143-20 pour les délégués syndicaux, art. L. 2315-5 pour les délégués du personnel, art. L. 2325-11 pour les membres du comité d'entreprise

⁹⁶⁶ Circulaire ministérielle n° 13 du 25 octobre 1983, *JO* 20 décembre, p. 11201, spéc. n° 4.3.3.

⁹⁶⁷ Cass. crim. 27 septembre 1988, n° 87-81800, *Dr. ouvr.* 1989, p. 66 ; idem CE 10 juillet 1995, n° 142453

seront déclarées gênantes les interventions de longue durée ou qui dégénèrent en véritable réunion.

Par ailleurs, si le droit de se déplacer n'est subordonné à aucun accord de l'employeur, la bonne marche de l'entreprise exige que la direction soit informée des déplacements des salariés investis de fonctions représentatives et ce, afin d'éviter que les absences et déplacements légalement permis aux représentants du personnel ne perturbent le fonctionnement de l'entreprise⁹⁶⁸.

La jurisprudence interprète de manière relativement souple cette obligation en excluant l'instauration d'un délai de préavis. Cependant, dans certaines hypothèses, l'annonce tardive du départ peut être sanctionnée⁹⁶⁹, en raison notamment d'impératifs de sécurité⁹⁷⁰.

L'abus de droit et le défaut de droit permettent de contrôler les limites internes (comment le droit est exercé) et externes (ce que la loi autorise ou non) des prérogatives accordées aux représentants du personnel. Ces modes de contrôle ne sont pas nouveaux et sont communs à tous les droits subjectifs. La particularité du droit-fonction réside dans le devoir qui le sous-tend. Le titulaire a le devoir d'agir. Le manquement à cette obligation est alors un fait générateur de responsabilité.

⁹⁶⁸ Cass. crim. 28 mars 1979, n° 77-92961, *Bull. crim.*, n° 126

⁹⁶⁹ Cass. soc. 12 février 1985, n° 82-41647, *Bull. V.*, n° 108

⁹⁷⁰ CE 21 avril 1971, n° 78607

Section 3 : Le manquement au devoir d'agir

L'analyse de l'abus de droit a permis de mettre au jour, à la charge des représentants du personnel, une obligation de poursuivre l'intérêt des salariés dans l'exercice de leur mission. Le contrôle porte alors sur la finalité de l'action. De manière plus générale, la reconnaissance de droits-fonctions impose également aux représentants du personnel le devoir d'agir. Il s'agit, dans ce cas, de contrôler l'initiative par l'action et de sanctionner l'abstention. Or cette question est extrêmement délicate. La Cour de cassation considère, par exemple, que le fait que le salarié protégé n'accomplisse pas sa mission ne l'empêche pas de bénéficier du statut protecteur institué par la loi⁹⁷¹. Ceci pourrait apparaître comme une dangereuse invitation à ne rien faire.

Les sources du devoir d'agir doivent donc être identifiées (§1), avant de pouvoir décrire ses manifestations (§2).

§1. Les sources du devoir d'agir

Le devoir d'agir est inhérent à la qualité de droit-fonction et en constitue une caractéristique importante. L'autorité parentale, définie par l'article 371-1 du Code civil comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant », en est une parfaite illustration. Ainsi, la garde, par exemple, qui assure la protection de l'enfant, est un devoir pour les père et mère, sanctionné par la loi civile et pénale. Les parents qui méconnaissent cette obligation encourent le retrait de leur autorité ou voient leurs prérogatives

⁹⁷¹ « La protection conférée par l'article L. 412-18 [ancien] au délégué syndical bénéficie au titulaire d'un tel mandat indépendamment de son exercice » : Cass. soc. 27 mai 1997, n° 94-42414, *Bull. V*, n° 191 ; Cass. soc. 4 mars 1998, n° 95-41642, *Bull. V*, n° 118 ; Cass. soc. 18 juillet 2000, n° 98-42625, *Bull. V*, n° 304 ; Cass. soc. 4 mars 2009, n° 08-41408, *Bull. V*, n° 63

encadrées par des mesures d'assistance éducative. L'abandon d'enfant constitue, en outre, une infraction pénale⁹⁷².

La solution est identique s'agissant des représentants du personnel. La reconnaissance de droits-fonctions implique, en elle-même, l'idée de devoir. Néanmoins, il est possible de justifier son existence et de trouver son origine dans des éléments très concrets tels que la loi, les contrats ou les droits dont sont titulaires les salariés.

Dans le Code du travail c'est essentiellement à travers l'emploi de l'indicatif que se manifeste le caractère contraignant des dispositions relatives aux représentants du personnel. La convention d'écriture adoptée lors de la recodification⁹⁷³ généralise en effet l'utilisation de ce mode pour signifier l'impérativité d'une disposition.

Ainsi, l'article L. 4612-2 du Code du travail prévoit que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail « *procède* à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail ». Il *procède* également à des inspections⁹⁷⁴ et *réalise* des enquêtes⁹⁷⁵.

L'article L. 2313-2 consacré au droit d'alerte du délégué du personnel indique par ailleurs que, lorsque le représentant constate une atteinte au droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise, « il en *saisit* immédiatement l'employeur »⁹⁷⁶.

⁹⁷² C. pén. art. 227-1

⁹⁷³ Convention validée par une décision du Conseil constitutionnel n° 2007-561 du 17 janvier 2008

⁹⁷⁴ C. trav. art. L. 4612-4

⁹⁷⁵ C. trav. art. L. 4612-5

⁹⁷⁶ Solution identique pour le droit d'alerte du CHSCT : C. trav. art. L. 4131-2

Le comité d'entreprise, quant à lui, *formule* et *examine* toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail des salariés⁹⁷⁷. Il *émet* également des avis et des vœux⁹⁷⁸ et « *assure, contrôle* ou *participe* à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise »⁹⁷⁹.

D'autres formules, employées par le législateur, peuvent suggérer l'idée d'obligation, mais de manière plus diffuse. L'article L. 2313-1 du Code du travail dispose ainsi que « les délégués du personnel ont pour mission : 1° de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires [...]; 2° de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle »⁹⁸⁰. Évoquer les activités des élus de proximité en ces termes induit un caractère contraignant. La mission est, en effet, définie comme la charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose⁹⁸¹. Ne pas accomplir cette mission est alors source de responsabilité⁹⁸².

Parfois, les rapports unissant les représentants du personnel avec les tiers relèvent de catégories juridiques bien définies qui comportent intrinsèquement l'obligation d'agir. Tel est le cas du contrat de mandat qui lie le délégué syndical à son organisation pour l'accomplissement de certains actes⁹⁸³, essentiellement en matière de négociation collective. Selon l'article 1991 du Code civil, « le

⁹⁷⁷ C. trav. art. L. 2323-1 ; art. L. 2323-27

⁹⁷⁸ C. trav. art. L. 2323-3 ; art. L. 2323-34 ; art. L. 2323-37 ; art. L. 2323-72

⁹⁷⁹ C. trav. art. L. 2323-83

⁹⁸⁰ Même approche pour le CHSCT : C. trav. art. L. 4612-1 : « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission : 1° de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs ; 2° de contribuer à l'amélioration des conditions de travail ; 3° de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières »

⁹⁸¹ Dictionnaire Petit Robert

⁹⁸² Solution identique s'agissant de l'autorité parentale

⁹⁸³ Cf *supra* Ière partie

mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution ». Comme tout contractant, le syndicaliste doit donc exécuter le contrat et réaliser les actes prévus, dans leur totalité⁹⁸⁴. Pèse en conséquence sur lui un authentique devoir d'agir lorsque son syndicat lui en donne l'ordre.

Le devoir d'agir trouve également sa source dans les droits très précis dont disposent les salariés et qui sont mis en œuvre par les représentants du personnel à travers les droits-fonctions dont ceux-ci sont titulaires. Ainsi, lorsque les salariés jouissent d'un droit précis et clairement affirmé en regard duquel la loi consacre des obligations particulières à la charge de l'employeur⁹⁸⁵, un devoir pèse sur les représentants du personnel s'ils ont été, de leur côté, dotés de droits-fonctions permettant d'exercer ou de protéger ce droit.

Tel est le cas de la négociation collective. Les salariés jouissent, en vertu de l'article L. 2221-1 du Code du travail, « du droit à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales »⁹⁸⁶. Ce droit trouve son fondement dans le préambule de la constitution de 1946, selon lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail (...) ». Des exigences bien déterminées et relativement nombreuses pèsent sur l'employeur en la matière. Les représentants du personnel sont alors tenus à une obligation d'exercer les droits-fonctions dont ils disposent pour mettre en œuvre ce droit à la négociation.

⁹⁸⁴ Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988

⁹⁸⁵ Précision dans la description des obligations et sanctions

⁹⁸⁶ Également art. L. 2232-11 pour le « droit des salariés à la négociation dans l'entreprise et dans le groupe »

Les salariés disposent également du droit de participer à la gestion des entreprises⁹⁸⁷. Pèse, en conséquence, sur les titulaires de mandat le devoir d'exercer les droits-fonctions dont ils sont titulaires pour défendre, protéger, voire exercer le droit ouvert au salarié, et notamment celui d'exprimer un avis. La loi prévoit en effet la consultation des représentants du personnel sur des questions qui concernent l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise⁹⁸⁸. Ces consultations sont généralement évoquées à la forme passive par le législateur : « le comité d'entreprise est consulté »⁹⁸⁹. Mais parfois, c'est l'indicatif qui est employé : « Chaque année, au cours de deux réunions spécifiques, le comité d'entreprise *émet* un avis sur l'exécution du plan de formation du personnel »⁹⁹⁰, « le comité d'entreprise *émet* chaque année un avis sur le bilan social »⁹⁹¹, « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail *émet* un avis sur le rapport et sur le programme annuels de prévention »⁹⁹² etc. Or, l'emploi de l'indicatif marque le caractère impératif des dispositions en cause. La question qui se pose alors est celle de l'intensité et l'étendue de cette obligation. Tous les cas de consultation ne sont pas évoqués dans les mêmes termes par le législateur et on ne peut nier la différence existant entre les avis consultatifs et les avis conformes. Faut-il alors distinguer selon les hypothèses et les effets de la consultation ? Il n'est pas certain que cela soit justifié. Indépendamment de la rédaction de la loi, rendre un avis peut être considéré comme la mise en œuvre du droit des salariés à participer à la gestion

⁹⁸⁷ Préambule de la constitution de 1946, alinéa 8

⁹⁸⁸ Cf *supra* Ière partie

⁹⁸⁹ Par exemple : C. trav. art. L. 2323-6, L. 2323-12, L. 2323-13, L. 2323-19, ... Pour le CHSCT : C. trav. art. L. 4612-8, L. 4612-9, L. 4612-10, L. 4612-11, L. 4642-12

⁹⁹⁰ C. trav. art. L. 2323-34

⁹⁹¹ C. trav. art. L. 2323-72

⁹⁹² C. trav. art. L. 4612-17

des entreprises⁹⁹³. Les titulaires de mandat seraient ainsi tenus à un devoir général en la matière.

Et pourtant, refuser d'exercer son droit c'est encore exercer son droit. Tout comme le fait de ne pas voter peut exprimer un choix, une opinion, ne pas vouloir rendre un avis peut signifier un désaccord. La recherche d'une responsabilité en la matière doit donc être limitée au cas où ce refus n'est réellement motivé que par un réel désintérêt pour la mission, ce qui, en pratique, ne sera pas aisé à déterminer.

D'autres droits, moins explicites, accordés aux salariés peuvent se traduire par un devoir à la charge des représentants du personnel⁹⁹⁴. Mais dans ce cas, l'obligation pesant sur le titulaire de mandat paraît moins contraignante. L'exigence présenterait des degrés différents selon la précision du droit en cause. Plus ce dernier serait général, moins le devoir serait important.

De la sorte, on peut considérer que les institutions représentatives sont tenues, par exemple, d'exercer leurs droits-fonctions pour mettre en œuvre le droit à l'information dont sont titulaires les salariés. Tous les représentants du personnel disposent de prérogatives afin de renseigner les membres de la collectivité du travail : afficher des documents, distribuer des tracts ou encore organiser des réunions. Généralement, c'est en termes de possibilité que sont évoqués ces droits-fonctions : le procès verbal des réunions du comité

⁹⁹³ Préambule de la constitution de 1946, alinéa 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 »

⁹⁹⁴ J-M. Verdier (« Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », *JCP* 1971, I, n° 2422) précisait d'ailleurs que « le droit de représentation récapitule dans l'entreprise les libertés et droits fondamentaux reconnus en général à tout citoyen » et que « c'est à travers les représentants élus ou syndicaux que les salariés exercent à l'intérieur de l'entreprise les grandes libertés fondamentales de tout homme : de penser, de s'exprimer, de s'associer, de s'informer »

d'entreprise *peut* être affiché⁹⁹⁵, les délégués du personnel *peuvent* faire afficher les renseignements qu'ils ont pour rôle de porter à la connaissance du personnel⁹⁹⁶, les publications et tracts de nature syndicale *peuvent* être librement diffusés aux travailleurs⁹⁹⁷, le comité d'entreprise *peut* organiser des réunions d'information⁹⁹⁸ etc. Et pourtant le devoir d'agir existe. La non transmission de communications importantes et utiles peut être sanctionnée en ce qu'elle porte atteinte au droit à l'information dont disposent les salariés. Cependant, on peut imaginer que le devoir d'agir soit plus contraignant s'agissant des affichages que pour l'organisation de réunions, qui présentent un aspect plus général.

L'existence de ce devoir d'informer amène à s'interroger également sur l'existence d'un devoir de s'informer. Transmettre des données suppose que l'on s'en rende destinataire. Le dirigeant social doit ainsi réclamer les informations utiles pour prendre ses décisions en connaissance de cause⁹⁹⁹. Pèse alors sur lui un authentique devoir de s'informer et il commet une faute en ne demandant pas des renseignements ou des éclaircissements complémentaires au cas où la direction ne l'informe pas spontanément¹⁰⁰⁰. La transposition de ces solutions aux représentants du personnel est parfaitement envisageable, d'autant que ceux-ci disposent des droits-fonctions nécessaires comme, par exemple, le droit de recourir à des experts.

⁹⁹⁵ C. trav. art. L. 2325-21

⁹⁹⁶ C. trav. art. L. 2315-7

⁹⁹⁷ C. trav. art. L. 2142-4

⁹⁹⁸ C. trav. art. L. 2325-13

⁹⁹⁹ R. Baillod, et J. Derruppe, « L'information des administrateurs de sociétés anonymes, *RTD com.* 1990, p. 1 ; J.-P. Bouère, « L'information du conseil d'administration », *JCP* 1992, éd. E, I, n° 190

¹⁰⁰⁰ CA Aix, 3 février 1966, *JCP* 1966, II, n° 14861. Selon l'article L. 225-35 alinéa 3, « Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission ».

D'autres droits formulés en termes généraux ont pour corollaires des devoirs à la charge des institutions du personnel. Le droit à l'emploi, le droit à de bonnes conditions de travail peuvent se traduire, par exemple, par un devoir de prévention. Sur cette question, la généralité des droits évoqués et la rareté, voire l'inexistence, d'obligations corrélatives à la charge de l'employeur conduisent à reconnaître un niveau de contrainte nécessairement faible. En outre, la loi semble faire une différence selon les domaines en cause en utilisant l'indicatif, qui signe le caractère impératif des dispositions, pour les prérogatives touchant à la santé et à la sécurité au travail¹⁰⁰¹ ainsi que pour tout ce qui a trait à la défense des grands droits et libertés¹⁰⁰², mais pas pour les attributions concernant les aspects économiques¹⁰⁰³. Le droit à l'emploi, en raison de son caractère moins précis, est donc moins bien protégé que le droit à la santé, le droit à la sécurité, etc.

L'existence d'un devoir d'agir admise, il s'agit maintenant de décrire quelles obligations, à ce titre, s'imposent aux représentants du personnel.

§2. Les manifestations du devoir d'agir

A. Le devoir de modérer l'action revendicative

Le rôle prépondérant joué par le délégué syndical lors des conflits collectifs et le devoir d'agir inhérent à sa fonction conduisent à reconnaître à sa charge une obligation d'exercer une action modératrice auprès des autres salariés.

¹⁰⁰¹ C. trav. art. L. 4612-2, L. 4612-3, L. 4612-4, L. 4612-4, L. 4612-5, L. 4131-2, L. 2313-2

¹⁰⁰² C. trav. art. L 2313-2

¹⁰⁰³ C. trav. art. L. 2323-78, L. 2325-35 et suivants

Cette exigence a été formulée en 1979 par le commissaire du gouvernement Marie-Aimée Latournerie dans ses conclusions relatives à l'arrêt du Conseil d'État du 27 juin 1979¹⁰⁰⁴. Il est d'abord rappelé que l'exécution normale du mandat des représentants du personnel ne doit pas comporter d'obligation de résultat et que « la circonstance qu'un conflit collectif du travail amorcé depuis longtemps et qui a connu une escalade progressive donne lieu à un certain moment à des infractions pénales caractérisées ne prouve pas que les salariés légalement protégés ont exercé de manière anormale leur mandat ». En revanche, ces salariés ont, en matière de gestion des conflits collectifs du travail, une obligation de moyens ; en conséquence, « ils ne doivent pas personnellement provoquer le recours à des actions collectives constitutives de crimes ou de délits contre les personnes ou la propriété (...) et ils doivent avoir une action positive suffisamment nette dans le sens de l'apaisement des esprits qui est la condition nécessaire à l'ouverture des négociations après une épreuve de force ». Cette obligation serait « la conséquence logique nécessaire de leur fonction permanente de négociation avec la direction et les cadres de l'entreprise ainsi que la seule justification du régime dérogatoire du droit commun dont ils bénéficient en matière de licenciement ».

Le Conseil d'État, dans sa décision, suit (en partie) ces principes et retient, pour considérer que le licenciement d'un délégué syndical est infondé, que ce dernier « a joué un rôle modérateur et contribué à éviter que ces discussions ne dégénèrent en actes de violence ou en déprédation ». En revanche, il estime justifié le licenciement d'un délégué du personnel qui avait pourtant veillé à ce que la personne et la voiture du directeur de l'usine soient protégées et alors même que les autres salariés (non protégés) qui avaient participé au blocage du véhicule n'ont eux pas été sanctionnés. Il semble alors que le Conseil d'État ait

¹⁰⁰⁴ *Dr. soc.* 1979, p. 420

fait peser plus qu'une simple obligation de moyens sur les représentants du personnel.

L'idée d'imposer en la matière des obligations particulières aux représentants du personnel est discutable¹⁰⁰⁵. Elle les expose à un traitement plus rigoureux sur le plan disciplinaire, que les autres salariés participant aux mêmes actes et met à leur charge une obligation à laquelle ils ne peuvent que difficilement satisfaire, sauf à se désolidariser des autres salariés dans un contexte difficile. Madame Latournerie évoquait déjà cette limite dans ses conclusions¹⁰⁰⁶. Si le législateur n'a pas voulu faire des fonctions des représentants du personnel des fonctions de police dans l'entreprise, en les sanctionnant de la sorte, c'est immanquablement ce vers quoi tend le Conseil d'État. Le professeur Jeammaud l'avait d'ailleurs relevé : « Une chose est de souhaiter un maximum de douceur [dans les rapports sociaux], autre chose est d'imposer aux délégués des obligations en ce sens, assorties de la sanction du licenciement en cas de manquement »¹⁰⁰⁷. Quant à l'argument selon lequel cette obligation serait la conséquence du statut protecteur dont bénéficient les salariés protégés dont elle est la seule justification, on peut certes admettre qu'un statut favorisé engendre des obligations particulières, mais il faut garder à l'esprit que cette « protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun » est accordée dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs¹⁰⁰⁸. Ce sont donc l'intérêt des travailleurs et aussi « la nécessité de les protéger contre une vindicte qui n'a rien d'imaginaire, qui fondent d'abord et suffisamment le statut protecteur »¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ Voir notamment P. Moussy, « La perception par le juge administratif de l'exercice normal des fonctions représentatives », *Dr. ouvr.* 1990, p. 42 ; J-M Béraud, « Le rôle des délégués en cours de grève », *Dr. soc.* 1988, p. 666

¹⁰⁰⁶ préc.

¹⁰⁰⁷ préc.

¹⁰⁰⁸ Ch. mixte 21 juin 1974, *Bull. ch. mixte*, n° 3

¹⁰⁰⁹ A. Jeammaud, préc.

En pratique, l'exercice de l'action modératrice constitue surtout pour le juge administratif un élément d'appréciation du rôle actif de l'intéressé et des fautes éventuellement commises par lui lors d'un conflit collectif. Cela ressort particulièrement de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 8 février 1980¹⁰¹⁰. Dans cette décision, la haute juridiction souligne que « les faits reprochés aux deux délégués du personnel lors du conflit collectif qui a opposé la société qui les employait à son personnel sont, les uns matériellement inexacts, les autres insuffisamment établis ou ne présentant pas un caractère de gravité suffisant, eu égard au rôle modérateur joué par les intéressés au cours du conflit collectif ». Il ne s'agit en fait que d'un indice permettant de caractériser "la participation active et personnelle à des faits fautifs", seul fondement permettant d'engager la responsabilité du salarié protégé.

Ainsi, faute de participation personnelle et active aux comportements fautifs et quand bien même le représentant du personnel n'aurait pas joué son rôle de modérateur, aucun licenciement ne saurait être prononcé. A fortiori, la même solution devra être retenue lorsqu'il n'y a eu aucune participation active et que parallèlement il y a eu tentative de modération¹⁰¹¹. Reste l'hypothèse où le représentant du personnel a participé personnellement et activement aux agissements en cause tout en jouant un rôle modérateur. Dans ce cas, si les agissements commis par le salarié protégé sont constitutifs d'une faute lourde, son rôle modérateur dans le conflit ne devrait pas pouvoir l'exonérer de sa responsabilité. Le législateur n'a certainement pas voulu instaurer un régime permettant à certains salariés de commettre des fautes en toute impunité alors que d'autres, qui auraient commis les mêmes faits, seraient sanctionnés. Le

¹⁰¹⁰ CE 8 février 1980, préc.

¹⁰¹¹ CE 8 février 1980, n° 09745 et CE 17 octobre 1979, n° 11496

statut dont bénéficient les représentants du personnel ne saurait avoir pour effet qu'ils ne soient pas sanctionnés comme les autres.

B. Le devoir de négocier

Les représentants du personnel sont titulaires de droits-fonctions au service du droit à la négociation dont disposent les salariés¹⁰¹². Ces prérogatives renferment un devoir, d'intensité variable.

Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit général à la négociation¹⁰¹³, l'obligation existe mais à un degré relativement faible. Le caractère contraignant est, en revanche, renforcé en cas de négociation obligatoire¹⁰¹⁴. En effet, ainsi que nous avons pu le décrire précédemment¹⁰¹⁵, la loi impose parfois la négociation et ce, aux deux parties. Si seul le défaut d'initiative de l'employeur est sanctionné, l'absence de négociation, de l'une quelconque des parties, pourrait l'être également. La loi ne fait aucune différence à ce sujet et très logiquement l'employeur ne peut négocier seul. Le délégué syndical, qui exerce ce droit-fonction, est donc tenu de négocier, tout autant que l'employeur¹⁰¹⁶. Enfin, le législateur impose parfois dans certains domaines la conclusion d'accords. Tel est le cas en matière d'emploi des personnes âgées. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 a modifié l'article L. 138-24 du Code de la sécurité sociale afin d'imposer un accord ou un plan d'action sur ce thème dans les entreprises employant au moins cinquante salariés. L'employeur qui méconnaîtrait cette disposition se verrait infliger une pénalité, fixée à 1% des rémunérations versées aux travailleurs salariés au cours de la période non

¹⁰¹² Cf *supra* Ière partie

¹⁰¹³ C. trav. art. L. 2143-20 et L. 2221-1

¹⁰¹⁴ Négociation obligatoire : art. L. 2241-1 et suivants ; protocole d'accord préélectoral

¹⁰¹⁵ Cf *supra* Ière partie

¹⁰¹⁶ *Contra* : J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008, n° 1123

couverte par un accord¹⁰¹⁷. Mais, là encore, l'employeur ne peut conclure un accord seul. Il faut donc admettre que, même si la loi ne prévoit pas expressément de sanction à l'égard des représentants des salariés, l'obligation de conclure désirée par le législateur s'impose aux deux parties. Sur ces thèmes, le devoir atteint d'ailleurs son point culminant : c'est un devoir de résultat. Les parties doivent ainsi parvenir à un accord.

C. Le devoir de contrôler l'action sociale et culturelle

S'agissant du comité d'entreprise, le législateur emploie l'indicatif pour décrire ses attributions en matière d'activités sociales et culturelles¹⁰¹⁸, ce qui indique le caractère impératif des dispositions. Cela est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence qui a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Ainsi, le 11 février 1971, la Cour de cassation a énoncé que « si l'ordonnance du 22 février 1945 a prévu le transfert au comité d'entreprise de la gestion ou du contrôle des œuvres sociales précédemment assuré par l'employeur, et ce, dans l'intérêt des salariés ou de leurs familles, les tiers lésés ont également la faculté de se prévaloir des fautes quasi délictuelles commises par ledit comité dans l'exercice de sa gestion ou de son contrôle de gestion, dans la mesure où il en est résulté pour eux un préjudice »¹⁰¹⁹. Dans cette affaire, une convention avait été signée entre le syndicat des pharmaciens d'officine et une société mutualiste d'entreprise instituant un système de tiers payant au profit des adhérents de la mutuelle. Cette dernière, en raison d'une gestion catastrophique, n'avait plus payé les pharmaciens fournisseurs. L'un deux avait alors agit contre la société

¹⁰¹⁷ Un système semblable a été mis en place pour les entreprises qui n'auraient pas adopté de plan d'action sur la résorption des écarts salariaux entre les hommes et les femmes, fondé sur le rapport de situation comparée, avant le 31 décembre 2009.

¹⁰¹⁸ C. trav. art. L. 2323-83

¹⁰¹⁹ Cass. soc. 11 février 1971, n° 69-12463, *Bull. V*, n° 110 et *D.* 1971, jp, p. 375, note J-J. Dupeyroux. Solution confirmée dans une réponse ministérielle n° 25627, *JO Ass. Nat.* 4 août 1980, p. 3311

mutualiste et le comité d'entreprise. La Cour d'appel¹⁰²⁰ et la Cour de cassation ont constaté que par son absence de contrôle de la société mutualiste, le comité d'entreprise avait commis une faute génératrice de dommages et intérêts envers le pharmacien. Cette action et la reconnaissance d'une responsabilité du comité en cas de négligence ou d'omission sont de nature à faire peser sur le comité une *obligation de contrôle*¹⁰²¹. Le professeur Dupeyroux, dans sa note sous l'arrêt, relève d'ailleurs que « l'on substitue à un droit de contrôle une obligation de contrôle »¹⁰²². Si l'on ne peut qu'approuver la reconnaissance de l'obligation par l'auteur, celle-ci ne se substitue pas au droit, mais en constitue une composante. C'est bien ici la qualification de droit-fonction qui induit le devoir.

D. Le devoir de transmettre les réclamations des salariés

La transmission des réclamations des salariés est traitée par la loi comme une mission des délégués du personnel¹⁰²³, ce qui induit un caractère contraignant. L'intensité du devoir est d'autant plus grande que la tâche est précise, voire individualisée. En effet, lorsqu'un salarié confie à son délégué une réclamation qu'il souhaite faire parvenir à l'employeur, il s'attend, en toute logique, à ce que celui-ci exécute cette tâche. Il s'agit même, dans ce cas, d'un devoir de résultat.

¹⁰²⁰ CA Aix 20 février 1969, *JCP* 1969, n° 15992, observations J. Audinet

¹⁰²¹ Tout comme en droit des sociétés où les administrateurs sont responsables des fautes commises par la direction quand leur vigilance ou leur perspicacité aurait pu les empêcher : Cass. req. 21 décembre 1936, *Gaz. Pal.* 1937, 1, 240 ; CA Versailles, 21 octobre 1993, *Bull. Joly*, 1994, p. 99 ; T. com. Roubaix, 26 septembre 1956, *D.* 1957, p. 10, note F. Goré

¹⁰²² *D.* 1971, p. 375

¹⁰²³ C. trav. art. L. 2313-1

La reconnaissance de « simples » droits-fonctions ne met pas les titulaires à l'abri de toute responsabilité, comme on aurait pu le penser. Le caractère dédié à une finalité précise de ces droits favorise un contrôle de celle-ci. Mais surtout, et c'est en cela que leur régime est original, le manquement au devoir d'agir peut être sanctionné parfois, lorsque la liberté d'agir fait défaut.

Chapitre II : La responsabilité dans l'exercice du pouvoir

La mise en évidence des responsabilités encourues à l'occasion de l'exercice du pouvoir présente nécessairement certaines similitudes avec celles découlant des droits-fonctions. La finalité, partagée par ces deux types de prérogatives, justifie que soit vérifié le respect de l'intérêt des salariés lorsque les institutions représentatives accomplissent leur mission. Cet examen prend cependant des formes distinctes. Alors qu'il est fondé sur l'abus de droit, s'agissant des droits-fonctions, il s'appuie sur le détournement de la finalité au sujet des pouvoirs.

La distinction n'est pas uniquement d'ordre terminologique. La liberté qui sépare le pouvoir du droit-fonction justifie un contrôle différent. Le contrôle de l'exercice des prérogatives attachées au pouvoir est plus approfondi puisque la liberté dans la mise en œuvre de ces prérogatives est plus grande, mais aussi plus subtilement mesuré afin ne pas porter atteinte de manière disproportionnée à l'autonomie dont jouit leur titulaire.

Les institutions représentatives du personnel ne disposent, en réalité, que de bien peu de pouvoirs¹⁰²⁴. Ceux-ci sont, en outre et pour la majorité d'entre eux, concentrés entre les mains du comité d'entreprise lorsqu'il est employeur ou qu'il gère les activités sociales et culturelles (Section 1). Pour le reste, il

¹⁰²⁴ Cf *supra* Ière partie

s'agit de prérogatives dispersées permettant de peser sur les décisions du dirigeant au moyen de rares avis contraignants (Section 2).

Section 1 : Les pouvoirs du comité d'entreprise

C'est au comité d'entreprise qu'ont été accordés les pouvoirs les plus étendus afin de lui permettre une action efficace dans le domaine social et culturel. Il peut ainsi embaucher du personnel et gérer seul les activités qu'il juge utiles à la communauté des travailleurs.

§1. Le comité d'entreprise employeur

Le comité d'entreprise peut recruter et rémunérer sur ses ressources le personnel salarié nécessaire au fonctionnement des institutions sociales dont il assure la gestion. Il a alors la qualité d'employeur de ce personnel et doit respecter à son égard les règles de droit social¹⁰²⁵. La méconnaissance de ces normes peut conduire à engager sa responsabilité. La loi invite à un contrôle de l'exercice de ses pouvoirs, auquel se livre le juge, comme au sein de n'importe quelle autre entreprise soumise à ces règles. Mais se pose alors la question de l'étendue de ce contrôle. Jusqu'où le juge peut-il intervenir dans les choix et décisions de gestion du comité ? La grande similitude des pouvoirs du comité d'entreprise employeur avec ceux de l'employeur lui-même permet de s'appuyer sur les développements et les analyses qui ont pu être réalisés au sujet du contrôle des pouvoirs de ce dernier.

¹⁰²⁵ C. trav. Art. L. 1111-1 : « Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés ».

A. Le contrôle des pouvoirs d'un employeur

Quelle est l'intensité du contrôle exercé par le juge sur les décisions du comité d'entreprise ? Celui-ci peut-il porter un jugement sur les choix effectués par le comité dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion, de direction ou disciplinaire? Une comparaison avec le contrôle du pouvoir de l'employeur s'impose afin de pouvoir répondre à cette question. Or, l'analyse de la jurisprudence relative au motif économique révèle qu'une limite a été posée : l'interdiction faite au juge de se substituer à un employeur sur le choix de gestion.

1. Les limites posées par le juge

La thématique des limites du pouvoir des juges revient régulièrement sur l'avant-scène, avec au cœur du débat, la question du contrôle des décisions de l'employeur.

Certes, la théorie de l'employeur seul juge¹⁰²⁶ a été abandonnée¹⁰²⁷. Néanmoins, depuis le 8 décembre 2000 et l'arrêt SAT¹⁰²⁸, des limites ont été posées au contrôle par les juges de la décision économique de l'employeur.

Dans cette affaire, une société avait envisagé trois hypothèses de réorganisation, qui répondaient toutes à l'exigence de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, mais l'employeur avait privilégié la plus coûteuse en termes de perte d'emploi. Considérant que celui-ci, à défaut d'avoir intégré dans son choix le concept de préservation de l'emploi, avait excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, la Cour d'appel de Riom avait jugé que les licenciements économiques étaient dépourvus de cause

¹⁰²⁶ Cass. soc. 31 mai 1956, n° 56-04323, *Bull. V*, n° 499 (arrêt Brinion)

¹⁰²⁷ Cass. soc. 26 janvier 1994, n° 92-43616, *Bull. V*, n° 26

¹⁰²⁸ Cass. Ass. plén. 8 décembre 2000, n° 97-44219, *Bull. A.P.*, n° 11 ; *Dr. soc.* 2001, p. 126, conclusions P. de Caigny, note A. Cristau ; *JCP* 2000, éd G, II, 10498, note F. Duquesne ; *RJS* 2/01, p. 95, note P-H. Antonmattéi ; *D.* 2001, p. 1125, note J. Pélissier

réelle et sérieuse. Ce raisonnement fut censuré par l'Assemblée plénière, qui énonçât qu'à partir du moment où l'exigence de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise était remplie dans les trois hypothèses de réorganisation, il n'appartenait pas au juge de « contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles »¹⁰²⁹.

Dans sa note relative à l'arrêt, le professeur Pélissier formulait ainsi la question qui était posée aux magistrats : « Un chef d'entreprise est-il totalement *libre* de choisir le type de réorganisation qui lui semble la plus performante économiquement lorsqu'une réorganisation d'entreprise est nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de celle-ci (...) »¹⁰³⁰. L'adjectif ne peut avoir été choisi au hasard. Car c'est bien de cela dont il est question : accepte-t-on qu'il soit porté atteinte à la liberté de l'employeur, liberté qui caractérise son pouvoir de direction ? Les juges ont tranché et posé la limite de leur contrôle : on ne peut priver l'employeur de sa liberté de choix, ce qui aurait pour conséquence de le priver de pouvoir sur la question des licenciements économiques. Le choix n'appartient qu'à lui. Il doit en rester le seul et unique auteur¹⁰³¹. De la sorte, le juge ne peut mettre en évidence qu'une autre décision était possible. Il doit simplement vérifier que celle qui a été prise n'est pas excessive.

Cette règle a été élevée au rang de norme supérieure par le Conseil constitutionnel qui a jugé que si la loi peut conduire le juge à contrôler la cause économique des licenciements, elle ne peut l'autoriser à substituer son

¹⁰²⁹ Solution confirmée par la suite et notamment par : Cass. soc. 8 juillet 2009, n° 08-40046, *Rev. Dr. trav.* 2009, p. 584, note F. Géa : « s'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation »

¹⁰³⁰ Préc.

¹⁰³¹ P. Lokiec, préc. : « S'il n'est plus le seul acteur de la décision, il en reste le seul et unique auteur »

appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles¹⁰³².

Que l'employeur demeure le seul auteur du choix, et que le juge ne puisse, non seulement substituer son appréciation à celle de l'employeur, mais encore se substituer à ce dernier, cela ne saurait être remis en cause. Il en va de la pérennité du pouvoir dans l'entreprise privée. Mais cela n'implique nullement que le juge ne puisse pas, par un biais quelconque, contrôler le choix de gestion¹⁰³³.

2. Les contrôles exercés par le juge

Le législateur¹⁰³⁴ a, en effet, multiplié les textes permettant de procéder à un contrôle efficace des choix faits par l'employeur. Ce contrôle peut s'apparenter, dans une certaine mesure, à un contrôle de l'opportunité. Un auteur de droit public¹⁰³⁵ s'est penché sur la définition de cette notion et en propose deux acceptions : dans un sens large, l'opportunité d'une décision peut être définie comme l'adaptation de celle-ci aux motifs de fait qui l'ont provoquée. Dans un sens plus étroit, l'opportunité d'une décision est la nécessité de celle-ci. Que l'on retienne l'une ou l'autre définition, c'est bien à ce type de contrôle que la loi invite parfois le juge.

Ainsi, sur la question des licenciements économiques, par exemple, les conditions de validité posées par l'article L. 1233-3 du Code du travail

¹⁰³² Cons. const. 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC : la loi ne peut permettre au juge « de s'immiscer dans le contrôle des choix stratégiques de l'entreprise qui relèvent, en vertu de la liberté d'entreprendre, du pouvoir de gestion du seul chef d'entreprise »

¹⁰³³ En ce sens, F. Géa, note préc.

¹⁰³⁴ La loi est entendue ici au sens large et comprend également ses interprétations et extensions jurisprudentielles

¹⁰³⁵ A. de Laubadère, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974.

autorisent une analyse assez poussée des décisions du chef d'entreprise. En particulier, lorsque la cause du licenciement tient à un acte de volonté de l'employeur qui entend réorganiser l'entreprise, les juges ne se contentent plus de vérifier la réalité des faits invoqués¹⁰³⁶ ; ils recherchent si cette réorganisation a été décidée « pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité »¹⁰³⁷. Par ce contrôle, les juges n'entendent pas déterminer à la place de l'employeur quelle est la meilleure décision de gestion pour l'entreprise, ils recherchent seulement si la décision prise par l'employeur est nécessaire pour faire efficacement face à la concurrence. Ce faisant, c'est bien à un contrôle de l'opportunité qu'ils se livrent¹⁰³⁸. A. de Laubadère¹⁰³⁹ rappelait d'ailleurs que « le juge de la légalité est très normalement juge de l'opportunité [...] lorsque la loi fait précisément de l'opportunité de la mesure la condition de sa légalité ».

Outre le terrain économique, les juges relèvent parfois que « l'employeur ne justifiait pas de *la nécessité* d'affecter la salariée [...] à des tâches de surveillance »¹⁰⁴⁰ ou que « la clause de non-concurrence n'était pas *indispensable* à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »¹⁰⁴¹. Cette recherche s'apparente à un contrôle de l'opportunité. Avec toujours néanmoins cette limite : les magistrats ne peuvent mettre en évidence qu'une autre décision était possible.

¹⁰³⁶ Comme lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve de difficultés économique ou de mutations technologiques

¹⁰³⁷ Cass. soc. 5 avril 1995, n° 93-42690, *Bull. V*, n° 123, *Dr. soc.* 1995, p. 482, note Ph. Waquet

¹⁰³⁸ « Les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emploi, est *nécessaire* à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur » : arrêt SAT préc.

¹⁰³⁹ Préc.

¹⁰⁴⁰ Par exemple Cass. soc. 4 octobre 2000, n° 98-44347, inédit

Également : Cass. soc. 25 février 2004, n° 02-40020, inédit : « le changement d'horaire imposé au salarié présentait un caractère discriminatoire, ne résultait pas des *nécessités* d'organisation de l'entreprise et ne répondait à aucun motif légitime ; l'employeur avait abusé du droit qu'il tient de l'exercice de son pouvoir de direction »

¹⁰⁴¹ Cass. soc. 14 mai 1992, préc.

Et pourtant, il est des questions sur lesquelles le juge regagne un peu du terrain perdu.

En matière de reclassement¹⁰⁴², par exemple, le contrôle est beaucoup plus approfondi. Le juge va s'assurer que tous les postes accessibles ont bien été proposés au salarié¹⁰⁴³ et que l'employeur s'est bien acquitté de son obligation d'adaptation¹⁰⁴⁴. Ce faisant il recherche si une autre solution n'était pas envisageable et substitue sa propre appréciation à celle du chef d'entreprise.

S'agissant, par ailleurs, du licenciement des salariés protégés, l'administration est fondée, pour refuser l'autorisation sollicitée, à « retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité »¹⁰⁴⁵. Le conseil d'État reconnaît donc à l'inspecteur du travail le droit de substituer sa propre appréciation à celle de l'employeur, alors même que toutes les conditions requises pour la délivrance de l'autorisation de licenciement étaient remplies. Le contrôle du bilan conduit ainsi à apprécier l'opportunité du choix effectué par le chef d'entreprise.

Plus généralement, le niveau de contrôle est bien inférieur. Il demeure placé sous le régime de l'erreur manifeste ou de l'absence de disproportion. L'article L. 1221-20 du Code du travail, qui dispose que « la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail

¹⁰⁴² C. trav. art. L. 1233-4

¹⁰⁴³ Cette obligation a un cadre très large. L'employeur doit proposer aux salariés concernés non seulement les postes qui seraient disponibles dans la société commerciale employeur, mais également ceux qui seraient disponibles à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permet d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. Ainsi, l'employeur doit-il rechercher s'il existe des emplois dans une société du groupe, même située à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers.

¹⁰⁴⁴ L'obligation d'adaptation n'impose cependant pas à l'employeur d'assurer au salarié la formation initiale qui lui fait défaut : Cass. soc. 3 avril 2001, n°99-42188, *Bull. V*, n° 114

¹⁰⁴⁵ CE 5 mai 1976, n° 98647 et 98820, Safer d'Auvergne

[...] », autorise les magistrats à s'assurer que l'employeur ne détourne pas la période d'essai de son but et qu'elle est bien exercée ou rompue dans l'intérêt de l'entreprise. L'article L. 1333-1, en énonçant que « en cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits sont de nature à justifier une sanction », permet un contrôle de proportionnalité et peut conduire à sanctionner un « détournement du pouvoir disciplinaire »¹⁰⁴⁶.

Cette limite au contrôle du pouvoir de direction de l'employeur est compréhensible, ainsi que le souligne le professeur Pélissier à propos de l'arrêt SAT : « Dans un contexte où le pouvoir de décision du chef d'entreprise est considérablement encadré, il n'est pas surprenant que la Cour de cassation siégeant en Assemblée plénière ait estimé qu'il était inopportun d'ajouter un degré nouveau de contrôle »¹⁰⁴⁷. Permettre au juge de se substituer à l'employeur pour l'appréciation des choix de gestion conduirait à déposséder ce dernier de son pouvoir.

B. Le contrôle des pouvoirs du comité d'entreprise

Lorsqu'il embauche du personnel, le comité d'entreprise doit respecter les contrats de travail qu'il a conclus et, de manière générale, la législation sociale, comme tout employeur. Il pourra donc être concerné par des licenciements économiques, des changements de conditions de travail ou des licenciements pour faute. Les développements qui précèdent, et qui nous ont permis de déterminer quel était le niveau de contrôle exercé sur les décisions d'un employeur, lui sont donc intégralement transposables. Mais en raison de la

¹⁰⁴⁶ Cass. soc. 13 février 1996, n° 92-45042, *Dr. soc.* 1996, p. 532, obs. A. Jeammaud : « ayant relevé le caractère arbitraire et renouvelé des agissements hostiles de l'employeur, la Cour d'appel a pu en déduire que les sanctions prises par ce dernier procédaient d'un détournement de son pouvoir disciplinaire »

¹⁰⁴⁷ Note préc.

spécificité de son objet, certaines problématiques particulières sont susceptibles de se rencontrer et certains devoirs qui incombent au dirigeant d'entreprise pèsent plus lourdement sur lui.

1. Les cas de responsabilité

a. Le recrutement

Toutes les dispositions relatives aux choix et modalités de sélection des salariés¹⁰⁴⁸ sont applicables au comité d'entreprise. Celui-ci est donc soumis aux règles relatives aux discriminations et notamment à l'article L. 1132-1 du code du travail¹⁰⁴⁹. Sur ce fondement, il est notamment interdit d'écarter une personne d'une procédure de recrutement en raison de ses opinions politiques ou de ses activités syndicales ou mutualistes. Le comité ne peut donc pas recruter ses salariés uniquement en raison du fait qu'ils partagent, avec la majorité du comité, des affinités syndicales. Le professeur Savatier¹⁰⁵⁰ souligne à ce sujet que le principe de neutralité et de laïcité dans la conduite de l'action sociale et culturelle du comité, qui découle de l'obligation de non-discrimination dans l'accès au bénéfice de l'action sociale, s'oppose à ce que le comité d'entreprise recrute et conserve ses salariés en fonction de leurs activités ou sympathies syndicales. Tout au plus pourrait-il exiger de son personnel, comme de tout autre salarié, une obligation de réserve et de loyauté, ce qui exclurait les critiques à l'égard de l'orientation donnée par le comité à son action sociale et culturelle.

¹⁰⁴⁸ C. trav. art. L. 1221-6 et suivants

¹⁰⁴⁹ La prohibition des discriminations à l'embauche est une limite à la liberté de choix des collaborateurs qui s'impose à tout employeur.

¹⁰⁵⁰ J. Savatier, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, éd. Liaisons, 1992

b. L'exécution du contrat de travail

Sa qualité d'employeur l'expose à toutes les infractions qu'encourt le dirigeant d'entreprise : discrimination¹⁰⁵¹, non-respect des règles de santé et de sécurité¹⁰⁵², harcèlement¹⁰⁵³, travail dissimulé¹⁰⁵⁴, non paiement des cotisations sociales¹⁰⁵⁵...

En outre, la collectivité du travail réunie au sein du comité peut être dotée de ses propres représentants du personnel¹⁰⁵⁶. Le comité est donc susceptible d'être poursuivi au titre de l'entrave à la mise en place ou au fonctionnement des institutions représentatives¹⁰⁵⁷ s'il refuse d'organiser des élections de délégués du personnel, s'il ne consulte pas les représentants, s'il porte atteinte à leur liberté de déplacement, etc.

Le comité est également tenu de prévoir un règlement intérieur en application des articles L. 1311-1 et L. 1311-2 du code du travail s'il emploie vingt salariés ou plus. Il doit alors respecter toutes les dispositions légales relatives au contenu de ce règlement.

Enfin, l'article 1384 alinéa 5 du Code civil prévoit que les commettants sont responsables du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. De manière constante, il est reconnu que le rapport unissant l'employeur et son salarié répond à ces conditions. Le comité

¹⁰⁵¹ C. trav. art. L. 1132-1

¹⁰⁵² C. trav. art. L. 4741-1

¹⁰⁵³ C. trav. art. L. 1152-1 et L. 1153-1

¹⁰⁵⁴ C. trav. art. L. 8221-1 et suivants

¹⁰⁵⁵ Cass. soc. 21 juin 1979, n° 78-11594, *Bull. V*, n° 574 ; Cass. soc. 1^{er} avril 1997, n° 94-43381, *Bull. V*, n° 95

¹⁰⁵⁶ À l'exclusion d'un comité d'entreprise

¹⁰⁵⁷ C. trav. art. L. 2316-1 pour les délégués du personnel ; art. L. 2146-1 pour le droit syndical

d'entreprise est donc concerné par ce régime et susceptible de voir sa responsabilité engagée à ce titre.

Plus délicate est la situation des bénévoles, membres du personnel de l'entreprise, élu ou non, agissant au service du comité. Dès lors qu'ils reçoivent des directives du comité, ils doivent être considérés comme des préposés. La Cour de cassation considère en effet que la relation entre commettant et préposé suppose, de la part du premier, le pouvoir de donner des ordres, fût-ce à titre temporaire et sans contrepartie financière¹⁰⁵⁸.

Dans ces deux hypothèses, dès lors que le préposé a commis une faute, dans l'exercice de ses fonctions, le comité d'entreprise peut être poursuivi afin de réparer les dommages causés.

c. La rupture du contrat de travail

À l'issue de la relation professionnelle, les dispositions légales sur le changement d'employeur, la rupture de l'essai, le licenciement¹⁰⁵⁹, la démission ou les autres modes de rupture sont applicables au personnel du comité. Il en est ainsi notamment de l'article L. 1132-1 du Code du travail qui prohibe toute discrimination. En l'espèce, les élections du comité tous les deux ans peuvent entraîner des changements de majorité. Or, comme il est interdit au comité d'écarter d'une procédure de recrutement un candidat au regard de ses opinions politiques ou de ses activités syndicales, le licenciement fondé (expressément ou implicitement) sur ces mêmes motifs est également interdit. La nouvelle majorité du comité d'entreprise n'est donc pas habilitée à licencier le personnel par celle qui la précédait et qui appartenait à une autre tendance syndicale. La

¹⁰⁵⁸ Cass. crim. 7 novembre 1968, n° 68-90118, *Bull. crim.*, n° 291

¹⁰⁵⁹ Le comité d'entreprise peut être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de l'un de ses préposés : Cass. soc. 12 mars 1970, n° 69-40176, *Bull. V*, n° 190 ; CA Versailles 3 juin 1998, *RJS* 8-9/98, n° 1144

neutralité imposée aux comités d'entreprise dans la gestion des œuvres sociales les empêche de reprocher à un de leurs salariés de ne pas s'associer à l'orientation politique donnée à l'œuvre sociale où ce salarié travaillait¹⁰⁶⁰.

Le professeur Savatier¹⁰⁶¹ s'est alors interrogé sur la possibilité d'appliquer aux comités d'entreprise la jurisprudence relative aux entreprises de tendance. La Cour de cassation décide en effet, à propos des institutions religieuses, que « l'article L. 122-45 [ancien] du code du travail n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement »¹⁰⁶². Se pose alors la question de savoir si les activités sociales et culturelles du comité d'entreprise peuvent permettre de licencier un salarié du comité dont les opinions ou le comportement ne seraient pas en accord avec les orientations que la majorité du comité, émanant d'une organisation syndicale déterminée, entend donner à son action¹⁰⁶³. La réponse ne peut être que négative, eu égard au « principe de neutralité ou de laïcité dans la conduite de l'action sociale du comité »¹⁰⁶⁴. Une autre possibilité serait alors d'envisager, comme pour les journalistes, « une "clause de conscience" permettant aux salariés recrutés alors que le comité était dominé par une organisation syndicale, de rompre leur contrat avec les avantages liés à un licenciement en cas de changement de majorité au sein du comité »¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁰ Trib. Civ. Seine, 9 janvier 1953, *Dr. soc.* 1953, p. 151

¹⁰⁶¹ *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise* », préc.

¹⁰⁶² Cass. soc. 20 novembre 1986, n° 84-43243, *Bull. V*, n°555

¹⁰⁶³ J. Savatier, préc.

¹⁰⁶⁴ J. Savatier, préc.

¹⁰⁶⁵ J. Savatier, préc.

2. Les spécificités

Le comité d'entreprise étant une personne morale¹⁰⁶⁶, tous les actes juridiques relatifs à sa qualité d'employeur doivent être accomplis par une personne habilitée à le représenter. Ainsi, a été jugé nul le licenciement d'un salarié du comité d'entreprise prononcé par le secrétaire de celui-ci alors qu'il n'avait reçu aucun mandat exprès pour ce faire et qu'au surplus, aucun consensus ne s'était fait, de façon informelle, sur cette délégation. Le vote de confiance du comité, à l'égard de son secrétaire, effectué à la demande de celui-ci postérieurement à cette décision, ne saurait suffire à lui donner rétroactivement qualité pour prononcer le licenciement¹⁰⁶⁷. Est, pareillement, incompetent le secrétaire du comité d'entreprise, à défaut de mandat en ce sens, pour déposer une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié du comité ayant le statut de salarié protégé¹⁰⁶⁸. Le secrétaire du comité, tout comme son président, ne sont donc pas les représentants de principe de l'institution. Celle-ci doit être représentée par un de ses membres mandaté par une délibération spéciale.

§2. La gestion des activités sociales et culturelles

A. La responsabilité contractuelle

Pour faire face à leurs obligations, les comités d'entreprise sont amenés à conclure toutes sortes de conventions, avec des fournisseurs, des entrepreneurs, des associations, voire avec les salariés qui ont recours aux institutions sociales dont ils assurent la gestion. Lorsqu'ils sont engagés par contrat, les comités doivent assumer les obligations qui résultent pour eux des engagements qu'ils

¹⁰⁶⁶ C. trav. art. L. 2327-18

¹⁰⁶⁷ CA Bordeaux, 22 janvier 1998, *RJS* 5/98, n° 604

¹⁰⁶⁸ CE 12 février 1993, n° 89733

ont pris. S'ils manquent à ces engagements, ils sont tenus, en vertu de l'article 1147 du Code civil, à réparation, sauf cas de force majeure.

Ainsi, un comité achetant des biens nécessaires à son fonctionnement ou à son activité peut-il voir sa responsabilité engagée. S'il est des contrats aisément identifiables, il se forme également des contrats tacites, plus difficilement reconnaissables.

C'est le cas d'un comité organisant une colonie de vacances ; un contrat existe entre le comité organisateur et les parents qui confient leurs enfants¹⁰⁶⁹. La charge d'une obligation de surveillance pèse alors sur le comité. De même lors d'une activité (sortie d'enfants par exemple), le comité fait appel à ses propres membres mais aussi à des bénévoles, personnel ou non de l'entreprise. Il y a un contrat d'assistance tacite.

Par conséquent, l'usager d'un centre de vacances dépendant d'un comité d'entreprise est en droit d'invoquer une responsabilité contractuelle du comité en cas de violation de l'obligation de sécurité qui lui incombait. S'agissant d'une obligation de moyens, il appartient à la victime d'un accident lors d'une activité d'escalade de rapporter la preuve d'une faute du centre dans l'organisation et le fonctionnement de cette activité¹⁰⁷⁰. Cette preuve est rapportée s'il est établi que la victime, âgée de quinze ans, pratiquait une descente en rappel sans assurance en l'absence de surveillance des organisateurs¹⁰⁷¹. De même, la responsabilité

¹⁰⁶⁹ Comme le souligne le professeur Savatier (« Conditions de la responsabilité civile d'un comité d'entreprise pour ses activités sociales », *Dr. soc.* 1994, p. 789), on peut avoir plus de doutes sur le contrat existant entre le comité et un salarié usager d'équipements de loisirs mis à sa disposition par le comité. Pour découvrir une relation contractuelle entre ces salariés et le comité, il faut admettre que, chaque fois qu'ils profitent des activités proposées par le comité, ils contractent avec ce dernier. Cette analyse peut se justifier lorsqu'il s'agit d'une prestation proposée à titre onéreux par le comité. Elle est plus difficile lorsque le salarié se borne à user d'équipements de loisirs mis gratuitement à sa disposition.

¹⁰⁷⁰ Pour un cas où la faute n'a pas été retenue : Civ. 1^{ère} 10 février 1998, n° 96-14623, *Bull. I*, n° 57

¹⁰⁷¹ CA Grenoble 15 juin 1993, *Dr. soc.* 1994, p. 789, observations J. Savatier et *D.* 1994, jp, p. 239, note M-C. Lebreton. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 mars 1996 dans cette affaire n'a pas modifié la solution en ce qui concerne la responsabilité du comité d'entreprise : Civ. 1^{ère} 6 mars 1996, n° 93-18647, *D.* 1997, jp, p. 93, note M-C. Lebreton

d'un comité d'entreprise, organisateur d'une colonie de vacances, doit être retenue pour un accident survenu à un enfant qui s'est défenestré pendant la sieste dès lors qu'aucune surveillance n'existait à ce moment de la journée dans le dortoir occupé par des enfants encore très jeunes¹⁰⁷².

En revanche, le comité d'entreprise qui propose aux salariés de l'entreprise de participer à un voyage, pour l'organisation duquel il s'adresse à une agence de voyage, ne joue que le rôle d'intermédiaire entre l'agence et le personnel participant au voyage. Par suite, vis-à-vis des salariés souscripteurs, sa responsabilité ne peut être engagée que dans le cas où une faute peut lui être reprochée dans le cadre de la mission étroite qui est la sienne, c'est-à-dire contracter pour le compte des salariés avec l'agence et de reverser à celle-ci les sommes perçues des participants¹⁰⁷³.

De même, le comité d'entreprise n'est pas un groupement sportif au sens de la loi du 16 juillet 1984 sur l'organisation et la promotion des activités physiques et sportives, même lorsqu'il recueille des inscriptions pour une manifestation sportive organisée par une association. En conséquence, un salarié blessé lors d'une compétition ne peut pas demander réparation au comité en lui reprochant de ne pas l'avoir informé de l'intérêt qu'il avait à souscrire une assurance couvrant les dommages corporels¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² Civ. 1^{ère} 27 janvier 1982, n° 80-16828, *Bull. I*, n° 47

¹⁰⁷³ Civ. 1^{ère} 16 mars 1994, n° 92-17050, *Bull. I*, n° 101 et *Dr. soc.* 1994, p. 789, observations J. Savatier

¹⁰⁷⁴ Civ. 2^{ème} 19 mars 1997, n° 94-19249, *Bull. II*, n° 89 ; contra pour un salarié blessé lors d'un match organisé par un comité d'établissement : Civ. 1^{ère} 25 octobre 1989, n° 87-16386, *JCP* 1990, éd. G, II, n° 21458, observations J. Hauser

B. Les responsabilités délictuelle et pénale

En application des principes de droit commun, le comité d'entreprise est également responsable des dommages qu'il cause de son propre fait¹⁰⁷⁵, ainsi que de ceux causés par les personnes dont il doit répondre ou par les choses dont il a la garde¹⁰⁷⁶. Dans ces dernières hypothèses, nous avons déjà évoqué la responsabilité du fait des proposés¹⁰⁷⁷. Le comité peut aussi être responsable du fait des véhicules, matériels, animaux ou bâtiments dont il a la garde, soit comme propriétaire, soit comme gérant. Enfin, il est possible de se demander si l'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité des personnes dont on a accepté d'organiser, de diriger et de contrôler les activités¹⁰⁷⁸ n'est pas de nature à entraîner dans certains cas la responsabilité des comités d'entreprise en tant qu'ils organisent des activités sportives, des centres de loisir et des colonies de vacances.

Cependant, pour notre étude, c'est particulièrement la responsabilité du fait personnel qui mérite attention.

Et il est admis que les fautes de gestion du comité, dans la mesure où elles causent un préjudice à autrui engagent sa responsabilité. La jurisprudence est rare en la matière, mais les attendus sont suffisamment généraux pour qu'un principe puisse être dégagé.

Ainsi, dans l'arrêt du 11 février 1971 que nous avons déjà évoqué, la Cour de cassation a énoncé que « si l'ordonnance du 22 février 1945 a prévu le transfert au comité d'entreprise de la gestion ou du contrôle des œuvres sociales

¹⁰⁷⁵ C. civ. art. 1382 et 1383

¹⁰⁷⁶ C. civ. art. 1384

¹⁰⁷⁷ Cf *supra* §1

¹⁰⁷⁸ Cass. Ass. plén. 29 mars 1991, n° 89-15231, *Bull. Ass. plén.*, n° 1 et *JCP* 1991, éd. G, II, n° 21673, conclusions D. Dontenville, observations, J. Ghestin ; Cass. civ. 2^{ème} 22 mai 1995, n° 92-21197 et 92-21871, *Bull. II*, n° 155 et *JCP* 1995, éd. G, II, n° 22550, note J. Mouly

précédemment assuré par l'employeur, et ce, dans l'intérêt des salariés ou de leurs familles, les tiers lésés ont également la faculté de se prévaloir des fautes quasi délictuelles commises par ledit comité dans l'exercice de sa gestion ou de son contrôle de gestion, dans la mesure où il en est résulté pour eux un préjudice »¹⁰⁷⁹. La Cour d'appel¹⁰⁸⁰ et la Cour de cassation avaient constaté que, par son absence de contrôle de la société mutualiste, le comité d'entreprise avait commis une faute génératrice de dommages et intérêts envers le pharmacien. Les commentateurs s'en étaient félicité en remarquant qu' « il est normal, le comité d'entreprise ayant obtenu, en matière sociale, des pouvoirs réels qu'il assume aussi les responsabilités correspondantes »¹⁰⁸¹.

Dans son attendu, la haute juridiction autorise non seulement les actions en responsabilité fondées sur une faute commise lors de la mission de contrôle du comité¹⁰⁸² mais également en raison de fautes commises dans la gestion même des activités sociales et culturelles. Les approches seront cependant légèrement différentes selon que l'on se situe dans l'une ou l'autre éventualité. Dans le cas du contrôle des œuvres pourvues d'une personnalité juridique, il pourra être reproché au comité non seulement un contrôle défaillant, mais aussi une absence totale de contrôle (comme en l'espèce). C'est pourquoi, nous avons conclu à l'existence d'un devoir de contrôle pesant sur l'institution¹⁰⁸³. En revanche, lorsque le comité gère et administre les activités sociales et culturelles, il s'agit

¹⁰⁷⁹ Cass. soc. 11 février 1971, n° 69-12463, *Bull. V*, n° 110 et *D.* 1971, jp, p. 375, note J.-J. Dupeyroux. Solution confirmée dans une réponse ministérielle n° 25627, *JO Ass. Nat.* 4 août 1980, p. 3311

¹⁰⁸⁰ CA Aix 20 février 1969, *JCP* 1969, n° 15992, observations J. Audinet

¹⁰⁸¹ J. Audinet, préc

¹⁰⁸² Comme c'était le cas en l'espèce

¹⁰⁸³ Cf *supra* Ière partie

d'un pouvoir¹⁰⁸⁴. Dans ce cas, il pourra être responsable en cas de mauvaise gestion. C'est ce que confirme la jurisprudence.

La faute peut ainsi être constituée par l'arrêt du fonctionnement, pendant une grève, d'une cantine gérée par le comité d'entreprise. Dans la mesure où aucune nécessité ne l'y contraignait, cette interruption caractérise « une faute de gestion »¹⁰⁸⁵.

On doit donc admettre que, dès lors que le comité n'utilise pas ses pouvoirs dans l'intérêt des salariés que, dans la gestion des activités sociales et culturelles, il porte atteinte à cet intérêt, il engage sa responsabilité. Sur cette question, des enseignements peuvent être tirés du droit des sociétés. Car, le statut des représentants du personnel présente certaines similitudes avec celui des mandataires sociaux. Ces derniers doivent diriger la société dans l'intérêt de celle-ci et sont responsables envers elle ainsi qu'envers les associés. Les titulaires de mandat représentatif exercent, quant à eux, leur mission dans l'intérêt des salariés. On peut alors se demander si, pareillement, ils ne peuvent pas être responsables envers cette collectivité ou leurs membres en cas de mauvaise gestion. Selon une formulation générale, les dirigeants sociaux sont responsables soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit, enfin et surtout, des fautes commises dans leur gestion¹⁰⁸⁶. Le critère de la faute de gestion réside dans la notion d'intérêt social. Ainsi, sera jugé fautif le comportement du dirigeant non conforme à l'intérêt de la société. De la même façon on peut imaginer que le représentant du personnel qui n'agit

¹⁰⁸⁴ Il n'a aucune obligation à reprendre les activités auparavant gérées par l'employeur, ni à en créer de nouvelles. Il dispose d'une totale liberté

¹⁰⁸⁵ Cass. soc. 14 janvier 1981, n° 79-10981, *Bull. V*, n° 25 et *JCP* 1981, éd G, II, n° 19663, conclusions Gauthier

¹⁰⁸⁶ C. civ. art. 1850 pour la société civile, C. com. art. L. 223-22 pour la SARL et C.com. art. L. 225-251 pour la SA

pas dans l'intérêt des salariés sera fautif. Il s'agit donc pour le juge de contrôler les actes, les choix ou les décisions prises et des les apprécier à l'aune de l'intérêt de la collectivité que l'auteur représente. Une mauvaise gestion des activités sociales et culturelles, en ce qu'elle ne serait pas conforme aux intérêts des salariés, peut alors être une source de responsabilité. La création d'une association fictive (derrière laquelle se trouve en réalité le frère du secrétaire de l'institution), à laquelle le comité verse d'importantes sommes est de nature à engager la responsabilité de son auteur¹⁰⁸⁷, de même que le fait d'octroyer des fonds à des grévistes étrangers à l'entreprise¹⁰⁸⁸ ou transférer à un syndicat de l'argent placé par le comité¹⁰⁸⁹.

Les décisions du comité d'entreprise peuvent, en outre, être annulées lorsqu'elles ne respectent pas cet objectif. Tel est le cas notamment lorsque le choix des activités financées repose sur des critères discriminatoires¹⁰⁹⁰.

Enfin, la liberté d'affectation des ressources est tempérée par deux obligations : conformément au principe de spécialité des personnes morales, la subvention ne peut être utilisée que dans le cadre de la mission légale de l'institution et pour ses propres besoins ; à l'intérieur de ce cadre, chaque subvention doit être utilisée au bénéfice des activités pour lesquelles elle a été accordée. La subvention de fonctionnement ne peut pas être utilisée, même partiellement, pour les activités sociales et culturelles, elle doit permettre

¹⁰⁸⁷ Cass. crim. 30 avril 1998, n° 97-83062, inédit

¹⁰⁸⁸ T. correct. Seine, 2 novembre 1951, *JCP* 1952, éd. G, II, n° 6701, observations J. Larguier

¹⁰⁸⁹ Cass. crim. 10 avril 2002, n° 01-85839, inédit

¹⁰⁹⁰ Cass. soc. 16 avril 2008, n° 06-44839, *Bull. V*, n° 93 ; également pour une subvention ne répondant pas aux conditions légales : Cass. soc. 18 mai 1983, n° 82-11564, *Bull. V*, n° 266

d'assurer le fonctionnement du comité dans ses attributions économiques et professionnelles¹⁰⁹¹.

En pratique, l'action est dirigée contre le comité lui-même et pas contre ses membres. Il est vrai que lorsque la faute résulte d'une décision de gestion, c'est davantage l'institution elle-même qui est en cause. En outre, si la résolution a été prise par vote au scrutin secret l'identification des personnes physiques est impossible. Néanmoins, si un membre du comité a participé positivement à une décision collective fautive et si la preuve en est faite, il pourra être poursuivi : « En cas de faute imputable au comité, la responsabilité civile de ce dernier n'est pas exclusive de la responsabilité personnelle des membres qui ont concouru à la commission de la faute »¹⁰⁹².

La responsabilité des membres du comité est, en revanche, plus souvent engagée sur le terrain pénal.

C'est essentiellement à propos de l'utilisation des ressources du comité que la responsabilité pénale de ses membres est recherchée. Ces derniers peuvent, en effet être condamnés pour escroquerie¹⁰⁹³, abus de confiance¹⁰⁹⁴ ou recel¹⁰⁹⁵ lorsqu'ils détournent la subvention dont dispose l'institution¹⁰⁹⁶. En

¹⁰⁹¹ Le budget de 0,2% ne peut ainsi pas être utilisé pour des distributions bénévoles, des cadeaux en nature ou des secours aux salariés de l'établissement ou aux représentants du personnel ; pour payer les frais de stage de formation sociale et syndicale ; pour payer les frais d'orientation et de formation des enfants des salariés de l'entreprise ; pour aider au fonctionnement d'un autre comité d'établissement de la même entreprise et *a fortiori* pour un comité d'une autre entreprise ; pour payer, à la place de l'employeur des heures de délégation ; pour financer un avantage aux salariés à la place de l'employeur, ...

¹⁰⁹² Cass. soc. 17 janvier 1979, n° 77-14266, *Bull. V*, n° 40

¹⁰⁹³ Cass. crim. 14 janvier 2004, n° 03-83277, inédit

¹⁰⁹⁴ Cass. crim. 31 octobre 2000, n° 00-80602, inédit, Cass. crim. 30 avril 1998, n° 97-83062, inédit, Cass. crim. 10 mai 2005, n° 04-84118, *Dr. soc.* 2005, p. 936, observations F. Duquesne ; Cass. crim. 10 avril 2002, n° 01-85839, inédit

¹⁰⁹⁵ Cass. crim. 31 octobre 2000, préc.

¹⁰⁹⁶ Subvention de fonctionnement ou subvention pour les activités sociales et culturelles

effet, la qualité de membre élu du comité d'entreprise ne donne aux représentants du personnel la disposition des fonds versés par l'employeur, qu'à charge pour eux de les utiliser conformément aux prescriptions de la loi¹⁰⁹⁷.

Il existe donc un contrôle de l'usage de l'argent dans l'intérêt des salariés, bénéficiaires.

Or, l'intérêt des salariés n'est pas l'intérêt personnel du représentant. Ainsi, lorsqu'un membre du comité d'entreprise utilise pour son propre compte les ressources de l'institution, sa responsabilité peut être engagée¹⁰⁹⁸. Tel est le cas lorsque la subvention de fonctionnement est utilisée pour payer aux membres du comité des repas et un voyage « d'étude » d'une semaine pour assister à la foire du livre à Montréal¹⁰⁹⁹ ou lorsque le compte bancaire du comité est utilisé pour régler des dépenses personnelles¹¹⁰⁰.

Ces faits, poursuivis en tant que tels, peuvent également constituer le délit d'entrave au fonctionnement du comité lorsqu'il s'agit d'engager des dépenses qui n'ont pas été votées¹¹⁰¹.

Enfin, dans le cas des activités de loisirs gérées par le comité, telles que les centres de vacances, les colonies,...des infractions pénales peuvent être commises telles que l'homicide involontaire¹¹⁰², les blessures involontaires¹¹⁰³,

¹⁰⁹⁷ Cass. crim. 16 octobre 1997, n° 96-86231, *Bull. crim.*, n° 341

¹⁰⁹⁸ « Le trésorier du comité ne dispose des fonds de cet organisme qu'à charge pour lui d'en faire un usage déterminé par la loi (fonctionnement des œuvres sociales) ». Est donc coupable le trésorier qui détourne des sommes pour son usage personnel : Cass. crim. 10 mai 2007, n° 06-83175, inédit ; également Cass. crim. 31 octobre 2000, n° 00-80602, inédit

D. Jourdan, « L'utilisation de la subvention de fonctionnement du CE », *TPS* février 1998, p.6

¹⁰⁹⁹ Cass. crim. 16 octobre 1997, n° 96-86231, *Bull. crim.* n° 341

¹¹⁰⁰ Cass. crim. 23 novembre 1992, n° 92-81499, *Bull. crim.* n° 383

¹¹⁰¹ Cass. crim. 4 novembre 1988, n° 87-91705, *Bull. crim.*, n° 374 ;

¹¹⁰² C. pén. art. 221-6

¹¹⁰³ C. pén. art. 222-19 et suivants

la mise en danger¹¹⁰⁴. Les membres du comité peuvent en être les auteurs et être poursuivis.

À la lecture de la jurisprudence, il apparaît, qu'à côté de la responsabilité pénale¹¹⁰⁵ et outre le cas particulier de la responsabilité issue de l'organisation de loisirs et sorties¹¹⁰⁶, il existe un contrôle de l'exercice de l'activité du comité d'entreprise fondé sur le bon usage de ses pouvoirs dans l'intérêt des salariés qu'il représente. Ce contrôle passe par la mise en jeu de la responsabilité délictuelle de l'institution représentative et exige que soient remplies les conditions générales en la matière : une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. Ce régime de responsabilité n'est pas sans rappeler celui qui pèse sur les dirigeants sociaux, qui sont également responsable de leur faute de gestion.

Section 2 : Les avis contraignants

Sur certaines questions, les représentants du personnel sont amenés à participer réellement au processus décisionnel. La loi prévoit en effet parfois une procédure d'avis conformes. Les hypothèses visées sont très peu nombreuses et concernent pour l'essentiel le comité d'entreprise¹¹⁰⁷. Une seule est accordée aux délégués du personnel¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁴ C. pén. art. 223-1

¹¹⁰⁵ Qui repose sur une faute particulière

¹¹⁰⁶ Activités qu'il est le seul à gérer

¹¹⁰⁷ C. trav. art. L. 3122-23 ; L. 3121-24, D. 4622-30 ; L. 3142-13 ; L. 2325-44 ; L. 3142-13 ; L. 4614-14 ; L.3142-4

¹¹⁰⁸ C. trav. art. L. 3141-20

Nous avons vu précédemment¹¹⁰⁹ que, par une décision datant de 1949¹¹¹⁰, le Tribunal civil de Nantes avait approuvé la mise en œuvre de la responsabilité d'un comité d'entreprise pour le préjudice subi par une salariée, conseillère du travail, licenciée avec son accord. La motivation des juges reposait sur la constatation que « le comité d'entreprise, ayant manifesté la volonté de rompre le contrat, apparaît comme ayant été l'une des causes de la rupture ». Il devait, en conséquence, répondre des conséquences dommageables de cette rupture s'il apparaissait qu'elle avait été abusive et injustifiée.

À l'époque, Paul Durand s'était félicité de cette solution, rappelant que « l'octroi de prérogatives importantes s'accompagne d'un rappel de la règle morale traditionnelle, selon laquelle nous devons répondre du mauvais usage de nos droits »¹¹¹¹. Mais cette responsabilité ne pouvait être mise en œuvre, l'auteur en convenait, que si la preuve d'un lien de causalité entre la faute commise et le dommage subi était rapportée. Or, lorsque le fait générateur consiste en l'émission d'un avis consultatif, il n'est pas possible de considérer que celui-ci puisse être à l'origine du dommage. Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler, l'employeur reste seul auteur de la décision, il doit être, par conséquent, le seul susceptible d'engager sa responsabilité.

Le cas des avis conformes est différent. Dans cette hypothèse, les représentants du personnel participent effectivement à la décision et partagent le pouvoir décisionnel puisque leur avis lie l'employeur. Ce dernier n'est plus le seul auteur du choix. On peut alors imaginer un contrôle du juge sur cet avis.

¹¹⁰⁹ Cf *supra* chapitre I

¹¹¹⁰ Tribunal civil de Nantes, 8 novembre 1949, *Dr. soc.* 1950, p. 32, note P. Durand

¹¹¹¹ Note préc.

Ce contrôle porterait tout d'abord sur le respect des dispositions légales en la matière : procédure et même exigences de fond, le cas échéant. Mais aller au-delà n'est pas envisageable. Sur ces questions, aucun texte ne le permet¹¹¹². Aucun motif d'intérêt général ne le justifie par ailleurs. Le juge ne peut pas substituer son appréciation à celle des auteurs de la décision.

Quant à un contrôle fondé sur la finalité, supposée, de ce pouvoir, il serait très difficile à mettre en œuvre. Il n'est, tout d'abord, pas certain que le droit de veto accordé parfois par la loi aux représentants du personnel le soit dans l'intérêt des salariés de l'entreprise. La seule référence à cet intérêt pour apprécier la validité d'un choix fait dans ces domaines serait en outre inadaptée. Les questions sur lesquelles les titulaires de mandat bénéficient d'un pouvoir de décision concernent la gestion de l'entreprise, même s'il ne s'agit pas de problématiques majeures. De la sorte, le législateur fait partager à ceux-ci le pouvoir de direction et cela impose qu'ils tiennent compte de l'intérêt, plus général, de l'entreprise. La formulation employée par le Code incite à adopter ce point de vue. Ainsi, en application de l'article L. 3142-13, l'employeur peut refuser au salarié un congé de formation économique et sociale ou de formation syndicale s'il estime « que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise ». Les représentants du personnel doivent approuver ce refus. S'ils n'avaient à se prononcer qu'au regard de l'intérêt des salariés, jamais ils n'approuveraient le refus de l'employeur. Ils sont plutôt invités par le législateur à élargir leur perspective. Ils doivent, en quelque sorte, se mettre « à la place de

¹¹¹² Comme cela pouvait être le cas pour le reclassement

l'employeur » et s'assurer que c'est bien l'intérêt de l'entreprise qui guide celui-ci dans ces choix¹¹¹³.

Cette solution se vérifie dans les autres dispositions même si la formulation n'est pas toujours aussi limpide. Ainsi, lorsque l'employeur souhaite mettre un terme à l'adhésion à un service de santé au travail interentreprises, il doit préciser les motifs de cette cessation¹¹¹⁴. Les représentants du personnel approuvent ou s'opposent à cette cessation au regard de ces motifs. De même, lorsque le chef d'entreprise décide de déroger à l'horaire collectif de travail, les titulaires de mandat s'assurent que cette décision est prise « pour répondre aux demandes des salariés »¹¹¹⁵.

En partageant le pouvoir avec l'employeur, les représentants s'exposent donc au même type de contrôle que ce dernier. Le juge vérifie que les choix effectués l'ont été dans le respect de la loi, qui parfois détermine les objectifs à observer. En revanche, la liberté dont dispose le titulaire de pouvoir dans ses choix, justifie que le manquement au devoir d'agir ne puisse pas être sanctionné.

¹¹¹³ Voilà peut-être pourquoi les représentants du personnel sont parfois réticents à se voir accorder d'authentiques pouvoirs. Ils préfèrent demeurer dans l'opposition et rester du côté des salariés. L'attribution de pouvoirs les éloignerait de ces derniers.

¹¹¹⁴ C. trav. art. D. 4622-30 et D. 4622-31

¹¹¹⁵ C. trav. art. L. 3122-23

Titre II : Le régime de la responsabilité

Une fois dégagé le principe d'une responsabilité des représentants du personnel et ce, quelle que soit la nature de leurs prérogatives, surgit la question des modalités de sa mise en œuvre. Celles-ci soulèvent, en effet, plusieurs interrogations. La détermination des personnes habilitées à agir, tout d'abord, n'est pas évidente car divers intervenants sont susceptibles d'être intéressés par l'exercice de l'action (Chapitre I). Les salariés, en premier lieu, ainsi que leurs représentants, mais aussi parfois l'employeur, peuvent revendiquer ce droit d'agir. Cela conduit ensuite à s'interroger sur les sanctions envisageables qui seront nécessairement différentes selon l'identité de l'auteur de l'action en responsabilité (Chapitre II).

Chapitre I : L'intérêt à agir

« L'intérêt pour agir peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur. Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique. Plus précisément, a intérêt à agir la personne qui souffre d'un mal auquel l'exercice de l'action peut apporter un remède »¹¹¹⁶. Les dispositions pénales sont, en la matière, plus précises que les textes civils. L'article 2 du Code de procédure pénale n'ouvre l'action civile qu'à celui qui a souffert d'un *préjudice direct et personnel*, même si, par ailleurs, la victime peut avoir intérêt dans le simple fait de participer à l'accusation, sans demande de réparation¹¹¹⁷. L'article 31 du Code de procédure civile prévoit, pour sa part, que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un *intérêt légitime* au succès ou au rejet d'une prétention [...] »¹¹¹⁸. Déterminer les personnes recevables à exercer une action en responsabilité n'est donc pas chose aisée.

S'agissant des représentants du personnel, nous avons vu que leur mission est dédiée à l'intérêt des salariés. On pourrait alors légitimement admettre que ces derniers soient autorisés à exercer les actions permettant de contrôler et

¹¹¹⁶ L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2^{ème} éd, 1998

¹¹¹⁷ L'obtention d'une satisfaction morale (sa présence et sa participation à l'instance qui aboutira à la condamnation du délinquant, but qu'elle recherche) est un intérêt à agir

¹¹¹⁸ Également l'article 546 du Code de procédure civile qui dispose que « le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt »

sanctionner les titulaires de mandat qui accomplissent mal leurs fonctions. Et pourtant, la jurisprudence n'accorde que très rarement cette prérogative aux salariés eux-mêmes. Il semble que, y compris dans la contestation, ceux-ci ne puissent exercer directement leurs droits. Ils doivent être représentés par leurs institutions, en cette matière également. Cela pose nécessairement la question de l'efficacité, voire celle de l'intérêt même, de telles actions.

Un autre effet très concret sur la responsabilité découle de la qualité de salarié des représentants du personnel. Sans contrat de travail, il n'y a pas de mandat. Or le lien de subordination, qui lie les représentants des travailleurs à l'employeur, invite également à s'interroger sur l'intérêt à agir de ce dernier. Et la jurisprudence accorde effectivement, dans certains cas, au chef d'entreprise la possibilité de mettre en cause leur responsabilité pour des fautes commises dans l'exercice de leur mission.

Section 1 : L'employeur

Lorsque l'employeur est admis à exercer une action en responsabilité contre les titulaires de mandat c'est son intérêt personnel qui fonde l'action. Le chef d'entreprise ne représente pas les salariés et ne défend pas leurs intérêts en justice. Ce n'est donc que lorsque les prérogatives des représentants du personnel sont susceptibles de le concerner directement que l'intérêt à agir lui est reconnu.

§1. L'existence d'un intérêt

S'agissant du crédit d'heures dont disposent les représentants du personnel, la loi dispose que « le temps passé en délégation est de plein droit

considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale »¹¹¹⁹. Cela n'empêche pas l'employeur de pouvoir contester l'utilisation de ces heures en saisissant le juge judiciaire pour en obtenir le remboursement¹¹²⁰.

Cette action a un fondement légal¹¹²¹. Elle peut être justifiée par l'idée que, dans la mesure où l'employeur paie ces heures¹¹²², il est en droit de s'assurer que leur utilisation est conforme à la loi. Mais l'intérêt pratique d'une telle action est discutable. Les sommes en jeu sont sans commune mesure avec le coût du contentieux généré par cette contestation. Le professeur de Quenaudon relève ainsi que « les plaideurs se battent pour une question de principe, probablement liée au pouvoir dans l'entreprise »¹¹²³.

En outre, appartient-il réellement au chef d'entreprise de faire vérifier par le juge que le délégué a bien effectué sa mission ? Ne serait-il pas préférable de laisser aux syndicats ou aux électeurs le soin de sanctionner leurs représentants ? Agir de la sorte conduit à entretenir l'opposition employeur/délégué « à une époque où le consensus dans l'entreprise permet de gérer plus facilement la main d'œuvre »¹¹²⁴.

La solution serait alors de rendre la présomption de bonne utilisation irréfragable. Certains accords collectifs vont d'ailleurs dans ce sens, l'employeur renonçant à l'avance à toute contestation relative à l'utilisation du crédit d'heures. Ainsi l'article 4-8 de l'accord Axa du 2 juillet 1990¹¹²⁵ stipule que

¹¹¹⁹ C. trav. art. L. 2325-7 pour le comité d'entreprise ; L. 2143-17 pour les délégués syndicaux ; L. 4614-6 pour le CHSCT ; L. 2315-3 pour les délégués du personnel

¹¹²⁰ Pour cela il doit tout d'abord demander aux représentants des indications sur les activités pour lesquelles ces heures ont été utilisées. Ce n'est qu'après avoir obtenu ces précisions qu'il peut saisir le conseil de prud'hommes d'une demande en remboursement des sommes versées

¹¹²¹ C. trav. art. préc.

¹¹²² Pour un employeur ayant affiché une note constatant le coût excessif des heures de délégation, entraînant le non versement de certaines primes : Cass. crim. 22 novembre 1988, n° 87-84669, inédit

¹¹²³ R. de Quenaudon, « Délégués du personnel », *Rép. Travail Dalloz*, n° 241

¹¹²⁴ J-E. Ray, « Heures de délégation », fasc. 15-90, *Juris-Classeur Travail Traité*, n° 144

¹¹²⁵ *Dr. soc.* 1991, p. 94

« tous les crédits d'heures des délégués sont réputés conformes à leur objet ». Toutefois, afin d'éviter une totale immunité des représentants du personnel dans l'exercice de leur mission¹¹²⁶, il serait nécessaire, en parallèle à de telles dispositions, de renforcer les possibilités de contrôle par les salariés eux-mêmes¹¹²⁷.

L'employeur est également fondé à agir lorsque les représentants du personnel manquent à leur obligation de discrétion ou au secret professionnel auquel ils sont tenus¹¹²⁸. La divulgation d'informations confidentielles est, en effet, susceptible de causer un préjudice au chef d'entreprise.

La diffusion de communications et d'informations qui ne respectent pas les prescriptions légales justifie pareillement l'action de l'employeur. Ce dernier pourra donc agir contre des représentants du personnel qui procèdent à des distributions de tracts ou organisent des réunions sur les lieux ou pendant le temps de travail, qui affichent des informations en dehors des panneaux autorisés, qui introduisent des conférenciers extérieurs dans l'entreprise en violation des dispositions légales et réglementaires, ou qui perturbent le travail des autres salariés lors de leurs déplacements.

La nature de ces communications peut aussi fonder une action de l'employeur. Celles-ci ne doivent, en effet, être ni injurieuses, ni diffamatoires.

¹¹²⁶ La Cour de cassation est déjà très réticente à admettre un contrôle de l'activité des salariés protégés dans leur mission. Leur accorder une présomption de bonne utilisation de leurs heures de délégation ferait disparaître presque totalement les moyens de vérifier leur activité.

¹¹²⁷ Comme le note le professeur Ray (préc. n° 97), « la véritable sanction d'une utilisation irrégulière nous semble résider dans la fin du mandat du représentant fautif »

¹¹²⁸ C. trav. art. L. 2325-5

Les mouvements collectifs et les fautes qui sont susceptibles d'être commises à cette occasion peuvent, dans certains cas, causer un préjudice à l'employeur qui est alors fondé à en demander réparation. Les représentants du personnel responsables de dégradation, violences, voies de fait, séquestration sur la personne du chef d'entreprise pourront ainsi être poursuivis par ce dernier. Il en est encore ainsi s'il y a organisation de grèves illicites ou abusives.

Enfin, les droits accordés aux institutions du personnel ne doivent pas être l'occasion pour celles-ci de commettre des actes frauduleux. Peut ainsi être poursuivi par l'employeur un délégué du personnel qui a contribué, de manière répétée, à la mise en œuvre d'un dispositif, installé dans le local affecté à son organisation syndicale, destiné à l'écoute et à l'enregistrement des conversations tenues dans le bureau d'un des responsables de l'établissement¹¹²⁹. Plus surprenante est, en revanche la décision du Conseil d'État qui a considéré que le fait pour un délégué du personnel de détourner à son profit les cotisations syndicales collectées dans l'entreprise constituait une faute, y compris à l'égard de l'employeur¹¹³⁰. L'intérêt à agir, dans cette hypothèse, est assez discutable.

De manière générale, ce n'est donc que lorsqu'il est directement intéressé par leurs activités et que celles-ci sont susceptibles d'interférer avec leurs obligations professionnelles que l'employeur peut agir contre les représentants du personnel.

¹¹²⁹ CE 10 novembre 1993, n° 112793

¹¹³⁰ CE 25 avril 1984, n° 39515 : échange, contre espèces à l'une de caisse du magasin, d'un chèque remis par un adhérent, sans remettre ultérieurement cette cotisation au syndicat.

Mais la question de son action à l'occasion des procédures de consultation pourrait conduire à relativiser ce constat. Lorsque l'avis du comité d'entreprise, des délégués du personnel ou des délégués syndicaux est requis, c'est bien l'intérêt des salariés que ces institutions doivent porter et défendre. Seuls les travailleurs devraient alors pouvoir agir en cas de lenteur voire de refus à rendre ces avis. Et pourtant l'employeur est autorisé à saisir le juge des référés pour faire constater la situation d'entrave et obtenir que cesse le trouble manifestement illicite découlant du refus de donner un avis, lorsque ce refus est illégitime. En effet, et bien qu'en général l'avis requis ne lie pas l'employeur, l'obtention de cet avis constitue une formalité substantielle qui conditionne la licéité de la décision ou du projet mis en œuvre. Le chef d'entreprise a donc bien intérêt à ce que cet avis soit rendu. En outre, dans les entreprises en difficultés la lenteur est préjudiciable car le temps qui passe sans que la procédure de consultation puisse être achevée peut aggraver la situation économique et financière de l'entreprise¹¹³¹.

Le dirigeant doit alors prouver qu'il a bien rempli son obligation d'information¹¹³². Si tel est le cas, le refus du comité est illégitime. Une action est alors possible afin de le faire constater par le juge. Mais la jurisprudence est allée plus loin en permettant à l'employeur de passer outre ce refus et de continuer la procédure. L'obligation de consultation est satisfaite dès lors que le projet a été régulièrement soumis, peu importe que les représentants du personnel se soient refusés à formuler un avis¹¹³³. L'action en référé ne présente donc que peu d'intérêt.

¹¹³¹ En ce sens : M-F. Mialon, « Information, consultation et négociation peuvent-elles conduire à engager la responsabilité civile des organes représentatifs du personnel ? », *Dr. soc.* 1986, p. 94

¹¹³² Informations précises et suffisantes, délai d'examen suffisant, réponse motivée du chef d'entreprise aux observations faites

¹¹³³ Cass. soc. 18 février 1998, n° 95-42172, *Bull.* V, 93

Ainsi, dans tous les cas où l'employeur peut agir à l'encontre des représentants du personnel, c'est son intérêt personnel qu'il défend ou celui de l'entreprise, jamais celui des salariés. Il n'a pas d'habilitation à le faire.

§2. L'absence manifeste d'intérêt à agir

Ainsi que nous l'avons indiqué, l'employeur ne défend pas les intérêts des salariés et dès lors que seuls ceux-ci sont en cause, le chef d'entreprise ne peut agir pour contrôler l'exercice des fonctions des représentants du personnel.

La capacité d'agir lui est également refusée dans d'autres hypothèses, plus étonnantes.

Tout d'abord, l'action civile exercée par l'employeur devant les tribunaux répressifs pour entrave à la liberté du travail est irrecevable¹¹³⁴. Cette infraction « a pour seul objet la protection de la liberté du travail des travailleurs contre les agissements faisant obstacle à leur droit de prendre une décision personnelle en ce qui concerne leur participation à une action collective et concertée, liée à des revendications professionnelles. [...] Le préjudice résultant pour l'employeur de la diminution des résultats commerciaux n'a qu'un caractère indirect qui rend irrecevable sa constitution de partie civile devant la juridiction répressive ».

Solution identique à propos de la fixation de l'ordre du jour : « si le comité d'entreprise possède des éléments suffisants pour émettre un avis sur la consultation relative au plan social, le juge peut décider que le refus du secrétaire dudit comité de co-signer l'ordre du jour ne peut à lui seul paralyser la procédure et qu'il convient d'y suppléer », Cass. soc. 1^{er} octobre 2003, n° 01-13099, inédit

¹¹³⁴ Cass. crim. 23 avril 2003, n° 02-84375, *Bull. crim.* n° 84 et *Dr. soc.* 2003, p. 994, observations F. Duquesne ;

Précédemment : Cass. crim. 27 novembre 1979, n° 78-93150, *Bull. crim.* n° 339 ; Cass. crim. 15 mai 1987, n° 86-91015, *Bull. crim.* n° 198 ; et également J. Savatier « L'irrecevabilité de l'action civile exercée par l'employeur devant les tribunaux répressifs pour entrave à la liberté du travail », *Dr. soc.* 1981, p. 147

En outre, ce dernier n'est pas fondé à poursuivre des représentants du personnel qui ne remplissent pas leur obligation d'information à l'égard des salariés. Sanctionner l'absence de tracts, l'absence de réunions, l'absence d'affichage ne relève pas de son pouvoir. De même, il ne lui appartient pas de se plaindre de ce que le délégué du personnel ne lui transmet pas les réclamations des travailleurs. L'absence de contrôle, d'inspection, d'enquête ne peut, pareillement, pas justifier une action du chef d'entreprise.

De manière générale, celui-ci n'a pas d'intérêt à poursuivre l'inactivité d'un représentant du personnel¹¹³⁵. Les actions de l'employeur n'étant pas fondées sur un mobile altruiste, on imagine d'ailleurs fort mal qu'il puisse se lancer dans de telles contestations. La jurisprudence n'offre effectivement aucun exemple de ce type.

Les juges se sont en revanche prononcés sur l'intérêt à agir de l'employeur dans d'autres hypothèses et les solutions sont plus surprenantes.

Il a ainsi été décidé que « le détournement de fonds appartenant au comité d'établissement n'est pas de nature à causer un préjudice direct à la société », laquelle ne peut donc pas se constituer partie civile¹¹³⁶. Cette solution a été justifiée par le fait que les comités sont dotés de la personnalité civile et gèrent personnellement leur patrimoine. Même si leurs ressources sont mises principalement, sinon exclusivement, à sa disposition par l'employeur, leur mauvaise utilisation ne concerne pas ce dernier *directement*. De tels faits peuvent également constituer le délit d'entrave au fonctionnement du comité

¹¹³⁵ Sous réserve de ce qui a été dit précédemment sur le refus de rendre un avis

¹¹³⁶ Cass. crim. 23 novembre 1992, n° 92-81499, *Bull. crim.*, n° 383

lorsqu'il s'agit d'engager des dépenses qui n'ont pas été votées¹¹³⁷. Mais l'employeur ne peut pas non plus, dans ce cas, se constituer partie civile¹¹³⁸.

Ces solutions, justifiées, s'articulent mal avec la jurisprudence du Conseil d'État qui, pour sa part, valide le licenciement du trésorier qui a opéré des retraits, alors que ces opérations n'avaient été ni autorisées, ni validées par le comité, car « ces agissements, quoique internes au comité d'entreprise, intéressent le fonctionnement de la société dans son ensemble »¹¹³⁹. En outre, une action en responsabilité de l'employeur contre le comité d'entreprise qui n'assure pas le fonctionnement de la cantine a été jugée recevable.

En l'espèce, le chef d'entreprise demandait remboursement des frais engagés pour fournir lui-même un repas aux salariés non grévistes. Son action est acceptée car « la cantine fonctionnait non seulement dans l'intérêt des salariés, mais aussi dans celui de l'entreprise, dans la mesure où elle contribuait à sa bonne marche et où le personnel de l'usine pouvait prétendre en bénéficier à l'occasion de son travail »¹¹⁴⁰.

Selon la juridiction saisie, les solutions divergent donc. Et une telle diversité révèle la difficulté des juges à concilier l'autonomie du comité d'entreprise et sa responsabilité. Certains magistrats comptent sur la seule initiative de l'institution pour contrôler sa gestion tandis que d'autres admettent

¹¹³⁷ Cass. crim. 4 novembre 1988, n° 87-91705, *Bull. crim.*, n° 374 ; Question également évoquée mais non tranchée dans Cass. crim. 10 mai 2005, préc.

¹¹³⁸ CA Paris 16 octobre 1998, *D.* 1999, IR, p. 2

¹¹³⁹ CE 23 septembre 1992, n° 80334. La chambre sociale de la Cour de cassation refuse, quant à elle, le licenciement d'un représentant du personnel en raison d'une faute commise dans l'exercice de son mandat, car il n'y aurait pas violation de ses obligations à l'égard de l'employeur : Cass. soc. 4 juillet 2000, n° 97-44846 et 98-44959, *Bull. V*, n° 263

¹¹⁴⁰ Cass. soc. 14 janvier 1981, n° 79-10981, *Bull. V*, n° 25 et *JCP* 1981, éd G, II, n° 19663, conclusions Gauthier

une intervention du chef d'entreprise afin de palier à une éventuelle carence du comité.

Une clarification s'impose néanmoins. La solution pourrait être alors de laisser hors du champ d'action de l'employeur tout ce qui touche à la gestion par le comité et ses membres des fonds de l'institution, ceux-ci leur appartenant collectivement, peu importe qu'ils proviennent de l'entreprise elle-même. Le comité dispose en la matière d'authentiques pouvoirs, ce qui justifie cette limitation de l'intervention du chef d'entreprise.

Section 2 : Les salariés et leurs représentants

C'est aux salariés, tout naturellement, que doit revenir le pouvoir de sanctionner les représentants du personnel dans l'exercice de leur mission. C'est en effet dans l'intérêt de la collectivité des travailleurs qu'est exercée l'activité des institutions représentatives. Et pourtant, parfois, le juge ne permet pas à ceux-ci d'intervenir en vue du contrôle des prérogatives des titulaires de mandat. C'est alors aux représentants eux-mêmes qu'est reconnu l'intérêt à agir.

§1. Les salariés

C'est en temps de grève que leur est reconnue la possibilité d'action la plus évidente. Les salariés peuvent en effet souffrir des abus commis au cours du mouvement collectif lorsque l'entreprise est désorganisée. Empêchés de travailler et privés de leur salaire, ils peuvent chercher à obtenir réparation de leur préjudice auprès des salariés grévistes, au premier rang desquels se trouveront certainement les représentants du personnel qui souvent coordonnent

les mouvements¹¹⁴¹. Dans ce cas, l'exigence d'une faute lourde (nécessaire lorsque c'est l'employeur qui agit en responsabilité contre les titulaires de mandat) disparaît et c'est le régime de droit commun qui trouve à s'appliquer. La Cour de cassation admet cette action¹¹⁴² lorsque les faits sont prouvés et qu'il peut être démontré une participation personnelle des représentants poursuivis¹¹⁴³. Ces derniers se trouvent donc moins bien protégés contre les actions des autres salariés de l'entreprise puisque toute faute ayant entraîné un préjudice peut fonder une action en responsabilité.

En outre, lorsque les salariés de l'entreprise sont victimes de violences¹¹⁴⁴, séquestrations, entrave à la liberté du travail¹¹⁴⁵, etc., ils peuvent poursuivre, sur le terrain pénal, les titulaires de mandat auteurs de ces infractions. Dans ces hypothèses, leur intérêt à agir est incontestable.

S'agissant des activités sociales et culturelles, rappelons qu'une action en responsabilité de l'employeur contre le comité d'entreprise a été acceptée lorsque le service de la cantine n'était plus assuré¹¹⁴⁶. La formulation employée par la chambre sociale permet d'envisager d'autres hypothèses. Tout d'abord, en indiquant que « les tiers lésés ont également la possibilité de se prévaloir des fautes du comité », les juges sous-entendent que les salariés eux-mêmes pourraient engager la responsabilité du comité, puisque, ainsi qu'il est rappelé, les œuvres sociales sont instituées et gérées dans leur intérêt¹¹⁴⁷. Si l'employeur n'avait pas pallié à la défaillance du comité d'entreprise dans l'organisation des

¹¹⁴¹ Cf *supra* Titre I

¹¹⁴² Cass. soc. 8 décembre 1983, n° 81-14238, *Bull. V*, n° 598

¹¹⁴³ Cf *supra* Titre I

¹¹⁴⁴ Cass. crim. 21 septembre 2004, n° 04-80556, inédit

¹¹⁴⁵ C. pén. art. 431-1 et développements *supra* Titre I

¹¹⁴⁶ Cass. soc. 14 janvier 1981, n° 79-10981, préc.

¹¹⁴⁷ « La cantine fonctionnait non seulement dans l'intérêt des salariés, mais aussi dans celui de l'entreprise [...] »

repas, il en serait résulté pour les salariés un préjudice dont ceux-ci auraient pu demander réparation.

Par ailleurs, les salariés et leurs familles peuvent se retourner contre l'institution pour des fautes commises dans l'organisation de colonies de vacances, sorties culturelles ou de loisir¹¹⁴⁸.

En revanche, lorsqu'il s'agit de l'utilisation des fonds du comité, les juges considèrent que les salariés ne sont pas recevables à exercer l'action civile pour obtenir des dommages et intérêts. La Cour de cassation estime, en effet, que « le détournement partiel de la subvention de fonctionnement du comité, versée par l'employeur, ne porte pas directement préjudice aux salariés de ladite entreprise et ne rend pas recevable leur action civile de ce chef »¹¹⁴⁹. Cela est très surprenant car cette institution est créée et fonctionne dans leur intérêt. La solution serait-elle identique s'agissant de la subvention accordée pour les activités sociales et culturelles ? Dans ce cas, une utilisation frauduleuse, car non conforme à l'objet du comité, concerne directement les salariés, privés de ce fait d'activités ou d'aides. Il n'y a, à notre connaissance, pas de décision sur cette question. Mais la doctrine ne fait aucune différence selon la nature de la subvention et considère, de manière générale, que les salariés ne peuvent exercer l'action civile pour contester l'utilisation des fonds dont dispose le comité¹¹⁵⁰. Et la constitution de partie civile est également écartée lorsqu'elle est fondée sur l'entrave au fonctionnement de l'institution¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁸ Cf *supra* Titre I

¹¹⁴⁹ Cass. crim. 16 octobre 1997, préc

¹¹⁵⁰ M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009 ; Liaisons sociales, n° spécial, mars 2003

¹¹⁵¹ Cass. crim. 18 décembre 1990, n° 89-80333, inédit

Pour les autres attributions des représentants du personnel, il n'existe aucune jurisprudence. Et pourtant, l'on peut admettre que, dans bien des cas, les salariés ont un intérêt à agir afin d'obtenir réparation du dommage résultant de leur inactivité ou de la mauvaise utilisation de leurs prérogatives. Leur action sera, le plus souvent, altruiste en ce sens qu'elle vise à condamner une faute qui cause un préjudice à l'ensemble de la collectivité des travailleurs de l'entreprise. Telle serait le cas d'une action visant à obtenir réparation d'une institution qui tarde ou se refuse à rendre un avis, qui ne remplit pas sa mission d'information ou qui ne procède pas aux contrôles, enquêtes et inspections qui lui incombent. Pareillement, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel qui refusent de désigner les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail manquent à leurs obligations et causent un préjudice aux salariés privés d'institution représentative. En outre, les employés sont fondés à vérifier que les heures de délégation sont utilisées conformément à leur objectif. Un titulaire de mandat qui utilise son crédit d'heures à des fins personnelles réduit d'autant le temps disponible pour les travailleurs de l'entreprise. Ceux-ci sont donc fondés, dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité des salariés, à en contrôler l'emploi.

Plus rarement, l'action sera le fait d'un seul salarié qui fera état d'un préjudice strictement personnel. Cette action sera alors purement égoïste. Un travailleur peut, en effet, par exemple, être fondé à se plaindre d'un délégué du personnel qui ne transmet pas la réclamation qu'il lui avait confiée.

§2. Les représentants des salariés

Lorsque les salariés ne sont pas fondés à agir seuls pour contrôler les prérogatives de leurs représentants, c'est à ces mêmes représentants que les juges donnent la possibilité d'engager une action en responsabilité.

Ainsi, s'agissant des détournements de fonds qui peuvent être commis par des membres du comité d'entreprise, l'intérêt à agir a été refusé, nous l'avons vu, à l'employeur ainsi qu'aux salariés. Mais il n'est pas concevable que ces faits demeurent impunis. La jurisprudence permet donc au comité d'entreprise lui-même de poursuivre un de ses membres en raison d'escroquerie ou d'abus de confiance commis à son détriment. L'institution peut en effet se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice à l'auteur des faits¹¹⁵². L'action civile peut être exercée par l'intermédiaire du président du comité, à qui mandat aura été donné¹¹⁵³. Ainsi, ce dernier, selon qu'il agit au nom de l'entreprise ou au nom du comité, voit sa constitution de partie civile rejetée ou admise.

Ces faits, poursuivis en tant que tels, peuvent également constituer le délit d'entrave au fonctionnement du comité lorsqu'il s'agit d'engager des dépenses qui n'ont pas été votées¹¹⁵⁴. Les mêmes solutions sont alors retenues. Les juges considèrent en effet que « l'atteinte aux droits et attributions d'un comité d'entreprise lui cause nécessairement un préjudice direct dont il est fondé à demander réparation, par tout mandataire spécialement habilité »¹¹⁵⁵. Toute

¹¹⁵² Cass. crim. 27 octobre 1999, n° 98-85976 ; Cass. crim. 31 octobre 2000, n° 00-80602, inédit ; Cass. crim. 14 janvier 2004, n° 03-83277

¹¹⁵³ Cass. crim. 6 avril 2005, n° 04-85799, inédit

¹¹⁵⁴ Cass. crim. 4 novembre 1988, n° 87-91705, *Bull. crim.*, n° 374 ; Question également évoquée mais non tranchée dans Cass. crim. 10 mai 2005, préc.

¹¹⁵⁵ Cass. crim. 20 septembre 1994, n° 92-84094, inédit : à propos de l'entrave causée au comité d'entreprise constituée par l'absence de tenue de procès-verbal par les secrétaires successifs de l'institution

entrave causée au comité, par un de ses membres lui permet de déclencher l'action civile.

Ainsi, il résulte de la jurisprudence que seule l'institution en cause peut se constituer partie civile lorsqu'atteinte est portée à ses droits et attributions¹¹⁵⁶. Ceci implique que, de manière générale, toute institution dotée de la personnalité juridique sera en mesure de poursuivre ses membres pour entrave. Tel est le cas du comité d'entreprise, des comités d'établissement, du comité central d'entreprise, des comités de groupe et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Néanmoins, les juges n'ont eu à se prononcer sur cette question qu'à la demande des comités d'entreprise. Un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail n'a, à notre connaissance, jamais poursuivi un de ses membres pour entrave, même si rien ne s'y oppose juridiquement.

Plus largement, ces institutions peuvent également agir contre un autre représentant du personnel ou une autre institution qui aura entravé leur constitution ou leur exercice. Un comité d'entreprise ou un comité d'hygiène pourrait alors poursuivre un délégué du personnel ou un délégué syndical. En cas d'atteinte à son statut ou à ses prérogatives propres, le salarié investi d'un mandat représentatif subit personnellement et directement un dommage lui permettant de se constituer partie civile devant le juge pénal. Un délégué du personnel peut donc agir contre un autre délégué du personnel ou un délégué syndical. L'intérêt à agir existe, mais les hypothèses où des faits d'entrave sont commis demeurent assez rares. Il n'existe d'ailleurs aucune décision sur cette

¹¹⁵⁶ Sous réserve de l'action des syndicats : cf *infra* section 3

question. L'hypothèse la plus probable, même si elle n'a donné lieu à aucune jurisprudence, serait celle de l'interférence des attributions de délégué du personnel et de délégué syndical. L'un pourrait se plaindre de ce que l'autre empiète sur sa sphère de compétence et entrave ainsi l'exercice de ses fonctions. Mais cela reste bien théorique, compte tenu de la réalité des pratiques dans l'entreprise où le cumul des mandats est fréquent.

Si la jurisprudence de la chambre criminelle ouvre la voie de l'action civile dans certaines hypothèses, elle pose également des limites au développement de celle-ci. Dans la mesure où seule l'institution entravée peut agir, le titulaire de mandat ne justifie pas d'un intérêt à agir lorsque l'entrave reprochée concerne le fonctionnement d'une institution à laquelle il appartient¹¹⁵⁷ ou, *a fortiori*, n'appartient pas¹¹⁵⁸. Il ne revient donc pas à un membre du comité d'entreprise de poursuivre un autre membre de l'institution pour entrave. De même un délégué du personnel ne pourra pas poursuivre les membres du comité d'entreprise¹¹⁵⁹ qui font obstacle à la désignation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et entravent donc sa création.

Cette jurisprudence présente des limites d'efficacité. En n'autorisant, par exemple, que le comité d'entreprise à poursuivre ses membres auteurs de détournement et en refusant cette action aux salariés, les juges laissent impunies des escroqueries qui seraient commises par le comité lui-même ou avec sa complicité.

¹¹⁵⁷ Cass. crim. 28 novembre 1984, n° 83-93094, *Bull. crim.* n° 375

¹¹⁵⁸ Cass. crim. 6 mars 1975, n° 74-90322, *Bull. crim.* n° 74

¹¹⁵⁹ Ou inversement

Section 3 : Les syndicats

Le cas des syndicats est particulier. Personnes morales extérieures à la collectivité du travail, ils peuvent néanmoins agir contre des représentants du personnel de celle-ci afin de défendre leurs propres intérêts, mais aussi ceux de la profession qu'ils représentent.

§1. L'action pour la défense des intérêts de la profession.

En vertu de l'article L. 2132-1 du Code du travail, les syndicats professionnels jouissent de la personnalité civile. Mais les conditions de leur action en justice dérogent au droit commun. L'article L. 2132-3 leur confère en effet « le droit d'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 ». En admettant qu'un préjudice simplement indirect justifie la présence du syndicat à l'instance, le législateur leur a accordé un domaine d'action particulièrement vaste.

L'étude de la jurisprudence et des actions qui ont été déclarées recevables nous permet d'envisager des hypothèses qui concernent spécifiquement les représentants du personnel.

Les syndicats sont tout d'abord autorisés à agir en raison de l'entrave aux fonctions de représentation du personnel¹¹⁶⁰. Si, en général, l'action est dirigée

¹¹⁶⁰ Cass. crim. 28 novembre 1984, n° 83-93094, *Bull. crim.*, n° 375 ; Cass. crim. 3 décembre 1996, n° 95-84647, *Bull. crim.*, n° 441

contre l'employeur, l'infraction peut également être le fait de tout membre de la collectivité de travail et, notamment, un titulaire de mandat. Ainsi, les juges ont-ils expressément reconnus l'intérêt à agir d'un syndicat qui s'est constitué partie civile dans une affaire d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise¹¹⁶¹. Dans cette espèce, l'infraction était commise par le secrétaire général du comité, qui avait engagé une dépense n'ayant pas été approuvée par la majorité des membres de l'institution.

En revanche, si le membre du comité d'entreprise est poursuivi, non au titre de l'entrave, mais, par exemple, pour abus de confiance, la constitution de partie civile du syndicat est irrecevable¹¹⁶². Les juges considèrent, en effet, que les détournements commis par le trésorier de l'institution ne causent pas, à l'organisation syndicale, de préjudice distinct de celui subi par le comité lui-même, et qui serait susceptible de constituer une atteinte aux intérêts de la profession. La solution n'est pas nouvelle et se révèle constante. De manière générale, il est jugé que les infractions à caractère économique commises par un dirigeant n'occasionnent pas au syndicat de préjudice distinct de celui qui en découle pour les salariés de l'entreprise¹¹⁶³. On peut donc comprendre que les juges étendent cette position aux infractions de même type commises par des représentants du personnel.

Et pourtant ces décisions ne laissent pas de surprendre. C'est une véritable question de principe que soulève l'usage fait par les titulaires de mandat des sommes qui leur sont confiées dans l'intérêt des salariés. En outre, cette différence d'approche, fondée sur la qualification de l'infraction, est peu compréhensible. Il faut espérer une harmonisation des solutions, dans le sens

¹¹⁶¹ Cass. crim. 4 novembre 1988, n° 87-91705, *Bull. crim.*, n° 374

¹¹⁶² Cass. crim. 10 mai 2007, n° 06-83175, inédit

¹¹⁶³ Par exemple à propos d'une escroquerie commise par le dirigeant: Cass. crim. 8 octobre 2003, n° 02-86428, inédit

d'un élargissement de la capacité d'action des syndicats. Dans cette attente, le débat pourrait être placé systématiquement sur le terrain de l'entrave ce qui ouvrirait plus largement l'action civile aux syndicats.

Car d'autres hypothèses d'entrave sont en effet envisageables. Si les organisations syndicales peuvent agir contre un membre du comité d'entreprise lorsque celui-ci a porté entrave à l'institution, la même action sera admise contre un membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui porte atteinte au fonctionnement de son institution. En outre, rien ne s'oppose à ce que les syndicats poursuivent un délégué du personnel ou un membre du comité d'entreprise pour entrave au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹¹⁶⁴. Enfin, l'on pourrait admettre une action contre un délégué du personnel pour entrave à l'exercice des fonctions de délégué syndical¹¹⁶⁵, et inversement.

En dehors de l'entrave, l'existence de l'intérêt à agir du syndicat est difficile à déterminer. Il y a quelques certitudes et beaucoup de zones d'ombre.

Tout d'abord, le syndicat est irrecevable à défendre un intérêt individuel¹¹⁶⁶. Ainsi, une organisation syndicale ne pourra se plaindre de ce qu'un délégué du personnel n'a pas transmis la réclamation confiée par un salarié. Le préjudice est personnel et ne concerne pas la profession dans son ensemble. Par ailleurs, l'intérêt défendu ne doit pas être l'intérêt général. Le

¹¹⁶⁴ S'ils font obstacle à la désignation des membres de celui-ci, par exemple

¹¹⁶⁵ La constitution de partie civile est admise en cas d'entrave à l'exercice du droit syndical par l'employeur: par exemple Cass. crim. 29 octobre 1996, n° 94-85028, *Bull. crim.*, n° 379 (licenciement d'un salarié en raison de son appartenance à un syndicat ou de l'exercice d'une activité syndicale)

¹¹⁶⁶ Cass. soc. 21 octobre 1981, n° 80-14883, *Bull. V*, n° 811, à propos de non-paiement d'heures supplémentaires à un salarié

syndicat ne se substitue pas au procureur de la République, même s'il emprunte à la mission de ce dernier certains de ses caractères. Sachant que la distinction de l'intérêt général et de l'intérêt particulier trouve principalement matière à s'illustrer sur le terrain des infractions aux personnes, seules les infractions commises au cours d'une grève pourraient soulever un tel questionnement. Car il est possible de considérer, qu'à travers le salarié victime c'est, en définitive, l'ensemble de la profession qui se trouve placée face à une situation d'insécurité soulevant au moins une question de principe.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué le juge en déclarant recevables en leur action trois organisations syndicales. Les circonstances très particulières de l'action, qualifiée par les juges « d'action commando », au cours de laquelle, de nombreux adhérents d'un syndicat ont forcé l'entrée d'un établissement en frappant la chef du personnel et en lançant des œufs sur le directeur administratif, « ont causé un préjudice collectif commun à l'ensemble du personnel de l'entreprise »¹¹⁶⁷. À travers les violences individuelles, « c'est bien la collectivité de travail tout entière qui se trouvait menacée objectivement par l'intervention d'un véritable groupe de combat ». Cette espèce est particulièrement intéressante puisque se trouvaient face à face des adhérents d'un syndicat¹¹⁶⁸ en qualité de prévenus, et des organisations syndicales, parties civiles.

Cela souligne la difficulté d'une délimitation du champ des intérêts défendus. Et pourtant le niveau d'exigence demeure assez faible puisqu'il suffit que le litige « soulève une question de principe dont la solution, susceptible d'avoir des conséquences pour l'ensemble des adhérents, est de nature à porter

¹¹⁶⁷ Cass. crim. 15 février 1994, n° 92-85568, inédit

¹¹⁶⁸ Agissant manifestement sur indication de celui-ci

un préjudice même indirect, fût-il d'ordre moral, à l'intérêt collectif de la profession »¹¹⁶⁹.

L'on pourrait donc admettre également l'action contre un comité d'entreprise ou un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui demeureraient passifs et tarderaient, par exemple, à rendre leur avis ou qui auraient manqué à leurs obligations en matière d'hygiène et de sécurité. De même, il est dans l'intérêt de toute la profession que les titulaires de mandat respectent la finalité de leurs heures de délégation. Les syndicats devraient alors être autorisés à agir.

Ces hypothèses demeurent cependant très théoriques. Il est peu vraisemblable que les syndicats engagent de telles procédures. Pourtant, ils disposent du pouvoir juridique et de la capacité logistique pour effectuer ces démarches. En outre, en défendant ainsi les droits et intérêts des salariés, leur crédit auprès de ces derniers serait amélioré.

§2. L'action pour la défense des droits du groupement

Le syndicat, personne morale, peut ester en justice afin de défendre ses intérêts propres. L'intérêt est la condition de recevabilité de l'action, conformément au droit procédural et il suffit au syndicat d'établir que ses intérêts sont en cause. En général ce type d'action est dirigé contre l'employeur¹¹⁷⁰, ou parfois contre un autre syndicat¹¹⁷¹. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elle le soit également contre un représentant du personnel.

¹¹⁶⁹ Par ex : Cass. civ. 1^{ère} 22 octobre 1985, n° 84-12149, *Bull. I*, n° 270

¹¹⁷⁰ Par exemple lorsque celui-ci n'invite pas les organisations syndicales intéressées à négocier, lorsqu'il prend en considération l'appartenance syndicale dans ses décisions, ou qu'il refuse d'appliquer une convention collective

¹¹⁷¹ Par exemple action en justice tendant à revendiquer tel élément du patrimoine syndical en cas de scission ou contestation de la qualité de syndicat professionnel d'une organisation créée par un parti politique pour s'implanter dans un service public ou une entreprise

L'on pourrait ainsi imaginer des poursuites pour diffamation qui serait le fait d'un délégué syndical ou d'un délégué du personnel appartenant à une autre organisation.

L'on pourrait également concevoir une action du groupement contre son propre délégué syndical qui n'aurait pas effectué correctement sa mission et n'aurait pas respecté les consignes données.

La jurisprudence sur ces questions est, à notre connaissance, inexistante. Il est vrai toutefois que les actions en vue de la défense de l'intérêt collectif de la profession et en vue de la défense des intérêts du groupement sont difficiles à distinguer car elles se superposent parfois. Mais cela n'a pas d'incidence dans la plupart des hypothèses, le régime demeure le même.

Bien que les représentants du personnel exercent leurs fonctions dans l'intérêt des salariés, ce sont essentiellement l'employeur et les syndicats qui sont en mesure d'engager leur responsabilité.

Les salariés, quant à eux, doivent, principalement, se contenter de la sanction électorale.

Chapitre II : Les sanctions

Le choix de la sanction, lorsqu'il est possible, dépend de ce que la victime cherche à obtenir.

Celle-ci peut tout d'abord souhaiter écarter l'auteur de ses fonctions. Dans ce but, les salariés, mécontents de l'action de leurs représentants, peuvent utiliser les élections professionnelles et ainsi ne pas reconduire ces derniers dans leurs attributions. Cependant, compte tenu de la périodicité des élections et du faible intérêt que celles-ci suscitent généralement, il n'est pas certain que cette action soit véritablement efficace. Il est, en outre, difficile, dans ce cas, de rattacher directement la sanction à une faute.

La victime peut alors choisir les voies disciplinaires ou pénales dont les finalités sont alors la dissuasion et l'exclusion.

Enfin, en mobilisant la responsabilité civile, il est possible de contraindre l'auteur à agir et d'obtenir réparation du préjudice subi.

Section 1 : La sanction disciplinaire

Une sanction disciplinaire ne peut être envisagée qu'en cas de faute du titulaire de mandat¹¹⁷². Or, « un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du

¹¹⁷² C. trav. art. L. 1331-1

salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur »¹¹⁷³. La question se pose alors de savoir à quelles obligations se trouvent tenus les représentants du personnel en exercice car, pendant la période où ils usent des prérogatives qui leur sont accordées, leur contrat de travail est suspendu (§1). Cela ne fait néanmoins pas obstacle à l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire (§2).

§1. La suspension du contrat de travail

Le législateur n'a pas défini la nature de cette période pendant laquelle le représentant du personnel exerce ses fonctions représentatives. Comme le souligne le professeur Duquesne¹¹⁷⁴, «le législateur s'est surtout préoccupé de décrire un effet et non une cause». Adoptant le chemin inverse, nous allons tenter, partant des effets (les heures de délégation) de déterminer cette cause. L'hypothèse de la suspension du contrat est évoquée par plusieurs auteurs et paraît assez convaincante. Ainsi le professeur Duquesne se demande si « l'exécution du mandat ne constitue pas par elle-même une cause de suspension du rapport contractuel »¹¹⁷⁵. D'autres auteurs ont, eux, expressément pris parti pour cette théorie et affirment que l'utilisation des heures de délégation correspond à « un cas bien particulier de suspension du contrat »¹¹⁷⁶ ou encore « chaque fois qu'un représentant du personnel quitte son travail pour une activité entrant dans le cadre de ses attributions, l'exécution de son contrat de travail se trouve suspendue »¹¹⁷⁷.

¹¹⁷³ Cass. soc. 4 juillet 2000, n° 97-44846 et 98-44959, *Bull. V*, n° 263

¹¹⁷⁴ F. Duquesne, « Représentants du personnel : contrat de travail et exercice du mandat », *RJS* 7/02, p. 603

¹¹⁷⁵ F. Duquesne, préc.

¹¹⁷⁶ J-E. Ray, J.-Cl. Travail Traité, Fasc. 15-90, n° 14

¹¹⁷⁷ J. Savatier, observations sous CA Orléans, 25 mai 1967, *JCP* 1968, II, 15321

Ces formules, sont-elles justifiées ? Le contrat de travail du représentant du personnel est-il réellement suspendu lorsqu'il exerce ses fonctions représentatives ? Les conclusions de Jean-Marc Béraud¹¹⁷⁸, auteur d'un ouvrage de référence en la matière, peuvent nous éclairer sur la définition de la suspension du contrat de travail et son applicabilité au temps passé par les représentants du personnel à accomplir leur mission.

La suspension du contrat de travail est le droit de l'une ou l'autre des parties d'invoquer la disparition du lien de subordination juridique dans le cadre d'un contrat de travail en cours afin d'obtenir ou de justifier l'arrêt de travail¹¹⁷⁹. Ainsi, ce qui caractérise en premier lieu la suspension du contrat de travail est le maintien du contrat de travail, ce dernier n'étant pas rompu, ni définitivement, ni provisoirement. Cet aspect, ne nous concerne pas directement car, dans l'hypothèse qui est la nôtre, l'existence du lien contractuel n'est à aucun moment remise en cause. Le second élément qui caractérise la suspension est l'absence d'exécution du contrat, qui se traduit par la disparition du lien de subordination. Ce lien essentiel sous-tend classiquement la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, moyennant une rémunération. Il constitue l'élément le plus important de cette définition du contrat de travail¹¹⁸⁰ dont il devient le critère. La subordination juridique a pour effet de placer le salarié sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de

¹¹⁷⁸ J-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail : essai d'une théorie générale*, Sirey, 1980 ; Voir également C. Tilloy, J-Cl. Travail Traité, fasc. 28-10

¹¹⁷⁹ J-M. Béraud, préc. , p. 88

¹¹⁸⁰ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd, 2008

son subordonné¹¹⁸¹. Elle ne se résume pas à l'exécution de la prestation de travail. Lorsque le contrat de travail se trouve suspendu, le salarié n'accomplit plus celle-ci et l'employeur ne fournit plus les instructions nécessaires à son exécution. Ce dernier ne peut donc plus demander au travailleur de rendre des comptes de la manière dont il l'a accomplie.

Le régime de la suspension du contrat de travail peut s'appliquer à l'exercice des fonctions représentatives, sous réserve, lorsqu'ils accomplissent leur mission, que les représentants du personnel ne se trouvent plus soumis à la subordination juridique de l'employeur. S'il est relativement facile de caractériser l'absence de subordination juridique lorsque le salarié n'est pas dans l'entreprise, cela est moins aisé pour les représentants du personnel dans la mesure où ils peuvent exercer leur mission pendant ou après leur temps de travail, à l'intérieur ou en dehors de l'entreprise. Cependant, en pratique, lorsqu'il exerce ses fonctions représentatives, le salarié n'accomplit plus sa prestation de travail. L'employeur ne fournit plus d'instructions relatives à l'exécution de ce travail, qui n'est pas accompli. Et il ne peut solliciter des explications sur la manière dont le travail a été exécuté, puisque celui-ci ne l'est plus.

L'utilisation des heures de délégation correspond donc parfaitement à une période de suspension du contrat de travail. La plupart des auteurs s'accordent d'ailleurs généralement sur ce point. Jean-Emmanuel Ray, relève que lors de l'utilisation de ses heures de délégation, le représentant ne travaille pas, mais se trouve au contraire « provisoirement délié de la subordination juridique qui constitue le critère du contrat de travail » et que « l'exercice normal du mandat permet au salarié représentant de ne plus être soumis à l'autorité patronale pendant les heures de délégation ».¹¹⁸² Le professeur Savatier relève également

¹¹⁸¹ Cass. soc. 13 novembre 1996, n° 94-13187, Bull. V, n° 386

¹¹⁸² J-E. Ray, préc, n°13 et 14

que « dans leurs fonctions électives, ils [les représentants du personnel] échappent au rapport de subordination envers l'employeur »¹¹⁸³. Et si le lien de subordination disparaît, le contrat est suspendu.

§2. L'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire

La suspension du contrat de travail ne fait pas obstacle à l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire. Le salarié reste tout d'abord soumis aux obligations continues qui découlent de son contrat de travail. En outre, le non-respect des prescriptions légales permet au chef d'entreprise de prononcer des sanctions disciplinaires, sous certaines réserves. Enfin, la loi prévoit un régime spécial de responsabilité pour les fautes commises lors d'un conflit collectif.

A. Les manquements à l'obligation de loyauté et autres obligations continues

La suspension du contrat de travail a pour effet de faire disparaître les obligations dites « discontinues », en revanche, les obligations « continues » sont maintenues. Sont discontinues et donc disparaissent en cas de suspension, les obligations de travailler et de fournir du travail, l'obligation d'assiduité, l'obligation de rémunération (sous quelques réserves). Sont notamment maintenues, car relevant des obligations continues, les obligations de discrétion et de confidentialité, ainsi que l'obligation de loyauté¹¹⁸⁴. Quant au pouvoir

¹¹⁸³ J. Savatier, observation préc. ; l'auteur note également que « les représentants du personnel sont soustraits pour l'exercice de leurs fonctions aux obligations qui découlent normalement de leur contrat de travail »

¹¹⁸⁴ Plusieurs fondements au maintien de ces obligations continues ont été proposés. Le plus pertinent nous semble être celui tiré de la finalité de la suspension (entendue dans un sens

disciplinaire, puisque certaines obligations demeurent à la charge du salarié, il est parfaitement logique et cohérent que, corrélativement, le pouvoir de sanctionner le non-respect de ces obligations soit maintenu. Comme le souligne Jean-Marc Béraud, il serait « totalement inefficace du point de vue juridique d'affirmer en même temps, le maintien de ces obligations et la disparition des moyens d'en sanctionner le non-respect »¹¹⁸⁵. Or selon les principes dégagés par la jurisprudence, le pouvoir disciplinaire de l'employeur ne peut être invoqué qu'à l'encontre de manquements aux obligations professionnelles du travailleur. Ainsi donc, si le salarié dont le contrat de travail est suspendu méconnaît son devoir de loyauté ou son obligation de discrétion, il manque par le fait à l'une de ses obligations professionnelles, ce qui permet à l'employeur de le sanctionner. Le titulaire de mandat, expressément soumis dans certains cas à une obligation de discrétion ou au secret professionnel, peut ainsi être sanctionné. Une décision de la chambre sociale du 12 juillet 2006, tout en annulant, dans le cas particulier qui lui était soumis, la mise à pied qui avait été prononcée, ne remet pas en cause cette possibilité¹¹⁸⁶.

large), à savoir préserver l'avenir du contrat de travail (J. Treillard, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, 1960, LGDJ, p. 83 et 86). En effet, si le contrat de travail se caractérise par le lien de subordination, il est aussi un contrat conclu intuitu personae reposant sur une relation de confiance entre l'employeur et le salarié. Si cette relation disparaît au cours de la suspension en raison d'un comportement contestable du salarié, l'avenir du contrat est largement compromis. Seules les obligations qui satisfont cet objectif sont maintenues. Ainsi en est-il des obligations de discrétion, de confidentialité, de loyauté ou de non-concurrence.

¹¹⁸⁵ J-M. Béraud, préc., spéc. p. 200

¹¹⁸⁶ n° 04-47558, *Bull. V*, n° 256

Mais c'est l'obligation de loyauté qui ouvre les perspectives les plus larges¹¹⁸⁷. La doctrine s'accorde généralement pour reconnaître l'existence de cette obligation de loyauté dérivée de l'article 1134 du Code civil, aux termes duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Or, un lien très étroit existe entre la bonne foi et l'abus de droit¹¹⁸⁸. La jurisprudence et la doctrine rapprochent de plus en plus, ces deux notions au point de les assimiler en matière contractuelle. Dans cette optique, l'abus se traduit par une faute du contractant, consistant, d'une manière générale, à manquer à la bonne foi. On parle alors de l'abus par déloyauté ou malice.

S'agissant des représentants du personnel dans l'exercice de leurs fonctions, la solution adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation peut sembler, de prime abord, divergente. Dans un arrêt du 4 juillet 2000¹¹⁸⁹, elle a décidé « qu'un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur ». Elle en conclut que, « la cour d'appel ne saurait considérer que le licenciement du trésorier du comité d'entreprise pour avoir réglé des dépenses personnelles en tirant des chèques sur le compte du comité est fondé sur une cause réelle et sérieuse alors que, d'une part l'intéressé, agissant dans le cadre de ses fonctions de représentant du personnel, n'était pas sous la subordination de l'employeur et que, d'autre part, aucune faute commise dans l'entreprise n'était caractérisée ». La haute juridiction sanctionne donc la cour d'appel qui avait retenu que « les agissements du salarié constituent un exercice anormal du mandat qu'il détenait, que ces faits susceptibles de mettre en péril tant la crédibilité de l'institution représentative

¹¹⁸⁷ Pour des applications de ce principe au cas de suspension du contrat de travail pour maladie: Cass. soc. 21 mars 2000, n° 97-44370, *Bull. V.* n° 115, Cass. Soc. 27 juin 2000, n° 98-40952, *Bull. V.* n° 249

¹¹⁸⁸ Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd, 2007, n° 62 et s.

¹¹⁸⁹ Cass. soc. 4 juillet 2000, n° 97-44846 et 98-44959, *Bull. V.* n° 263

des salariés que la remise des fonds destinés aux intérêts de ces derniers, n'atteignent pas seulement le comité d'entreprise mais intéressent le fonctionnement de la société dans son ensemble ; qu'ils justifiaient objectivement de la part de l'employeur qui préside le comité d'entreprise et le dote des sommes utiles à son fonctionnement, une perte de confiance rendant difficile la poursuite du contrat de travail».

Pour la Cour de cassation, les faits commis par le salarié ne constituent pas une faute disciplinaire car celle-ci ne peut être caractérisée qu'au vu d'un manquement de ce dernier à ses obligations professionnelles, ce qui n'est pas le cas d'agissements d'un représentant du personnel dans l'accomplissement de ses fonctions représentatives.

Si le principe, exposé par la Cour, selon lequel la faute disciplinaire s'entend de la violation d'une obligation existant à l'égard de l'employeur ne peut qu'être approuvé, les conséquences qui en sont tirées par la haute juridiction sont beaucoup plus discutables. Ainsi qu'il a été souligné, un tel principe ne s'oppose pas à l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur la base de faits commis dans l'exercice des fonctions représentatives. Le pouvoir de sanction de l'employeur est alors limité mais non supprimé. La possibilité de sanctionner le salarié lorsque ce dernier a manqué à son obligation de loyauté demeure. Or celle-ci n'est, ni plus ni moins, qu'une *obligation dont le salarié est tenu à l'égard de l'employeur*.

La Cour de cassation aurait donc dû rechercher si le représentant du personnel, membre de la collectivité du personnel, n'avait pas manqué à une obligation le liant à l'employeur et, notamment, à son obligation de loyauté. Le raisonnement adopté, en l'espèce, et consistant en l'affirmation péremptoire que les faits ayant été commis à l'occasion de l'exercice des fonctions représentatives, aucune sanction disciplinaire n'était possible, n'est pas satisfaisant, car il délaisse

volontairement certains aspects du problème. Mais à condition d'être mené jusqu'à son terme, il n'est pas incompatible avec la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire de l'employeur à l'égard du représentant du personnel dans l'exercice de sa mission.

Reste à déterminer, alors, si les abus que nous avons pu identifier précédemment peuvent relever d'un comportement déloyal, ce qui permettrait à l'employeur de les sanctionner. L'étude des décisions relatives à l'exercice d'une autre activité pendant un congé apporte quelques éléments de réponse. Il semble, en effet, possible de trouver une ligne directrice à cette jurisprudence basée sur la compatibilité du comportement reproché avec la finalité du congé dont bénéficie le salarié¹¹⁹⁰.

Pour ce qui concerne la suspension du contrat de travail pour maladie, l'appréciation s'opère au regard de la compatibilité de l'activité exercée et de l'état de santé du salarié. Ainsi, lorsque le comportement du salarié pendant le congé maladie révèle que son état de santé ne lui interdisait pas d'accomplir sa prestation de travail, il apparaît que celui-ci a commis un acte déloyal vis-à-vis de l'employeur¹¹⁹¹.

Pour d'autres congés, un but bien précis a été assigné par la loi. Et ce but doit être respecté. Il a été jugé, par exemple, que le licenciement d'un salarié qui avait profité d'un congé parental d'éducation pour occuper les fonctions de PDG d'une société commerciale dès le mois suivant le début de ce congé, avait bien une cause réelle et sérieuse¹¹⁹². De même, est déloyale l'attitude d'un salarié qui a invoqué des motifs mensongers pour bénéficier d'un congé pour événements

¹¹⁹⁰ C. Tilloy, *Suspension du contrat*, J-Cl. Travail Traité, Fasc. 28-10

¹¹⁹¹ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd, 2008, n° 362

¹¹⁹² CA Paris, 8 janvier 1985, *Jurisp. soc. UIMM* 1985, p. 418

familiaux et en profite pour travailler sur le stand d'une braderie¹¹⁹³. Repose également sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui avait « sollicité et obtenu de son employeur un congé d'un an pour la création d'une entreprise qui n'a pas eu d'activité réelle, alors que dès le premier jour de congé, l'intéressé s'était consacré à temps plein à une activité d'enseignant comme salarié de l'éducation nationale »¹¹⁹⁴. Des faits similaires ont donné lieu, par la suite, à une solution différente¹¹⁹⁵. Il semble néanmoins¹¹⁹⁶ que, dans cette seconde affaire, le salarié en cause ait tout fait pour créer une entreprise dont il devait être majoritaire avant d'être confronté à un partenaire indélicat qui avait réduit à néant son objectif. Le fait qu'il soit devenu salarié dès le début du congé n'était pas en contradiction avec sa démarche de créer une entreprise, la loi ne prévoyant aucune obligation de résultat à la charge du bénéficiaire du congé. Ce serait donc ce point particulier qui aurait amené la Cour de cassation à sanctionner le licenciement intervenu.

Il existe donc bien un contrôle du respect de la finalité ou de l'objet de la suspension. Ce contrôle peut être transposé aux représentants du personnel, dont la mission est également finalisée. Le non-respect de l'objet pour lequel leur sont accordées leurs prérogatives fonde alors le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Ainsi, l'utilisation des heures de délégation à des fins personnelles¹¹⁹⁷ et une utilisation non conforme au mandat détenu¹¹⁹⁸ peuvent être considérées comme

¹¹⁹³ Cass. soc. 20 juillet 1989, n° 86-45355, *Jurisp. soc. UIMM* 1989, p. 463

¹¹⁹⁴ Cass. soc. 19 février 1997, n° 95-45040, *RJS* 4/1997, n°430

¹¹⁹⁵ Cass. soc. 18 octobre 2006, n° 04-47386, *JCP* 2006, éd S, jp. n° 1983, note Th.Lahalle

¹¹⁹⁶ Note H. Despax, *JCP* 2007, éd. S, jp, n° 1201

¹¹⁹⁷ Utiliser ses heures de délégation pour réparer le bateau d'un ami (Cass. soc. 27 novembre 1985, n° 84-40255, *Bull. V*, n° 557), se rendre dans un club sportif (CE 7 mars 1994, n° 116932, *Jurisp. soc. UIMM* 1994, p. 257), aller chercher sa voiture à la fourrière (CAA Versailles 13 juillet 2007, n° 05VE02252, inédit), aller une journée entière à la chasse (CE 22 février 1989, n° 66598, *Jurisp. soc. UIMM* 1989, p. 371), effectuer des travaux dans un immeuble en réfection (CE 15 mai 1996, n° 132350, inédit), etc.

¹¹⁹⁸ Un délégué du personnel qui exerce des tâches purement syndicales

une violation de l'obligation de loyauté. De même que l'exercice des prérogatives dans l'intention de nuire¹¹⁹⁹. Ces faits fautifs pourront alors justifier des sanctions disciplinaires.

La notion de loyauté n'est d'ailleurs pas absente des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, même si l'expression elle-même n'est pas employée. Dans plusieurs arrêts, les abus commis par les représentants du personnel sont qualifiés de manquement à la probité¹²⁰⁰. Or la loyauté est classiquement définie comme « la fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur et de la probité »¹²⁰¹. En outre certains comportements relèvent sans ambiguïté de la déloyauté. Tel est le cas, par exemple, du délégué du personnel qui a contribué de manière répétée à la mise en œuvre d'un dispositif, installé dans le local affecté à son organisation syndicale, destiné à l'écoute et à l'enregistrement des conversations tenues dans les bureaux des responsables de l'établissement¹²⁰².

L'employeur, se fondant sur un manquement à l'obligation de loyauté pourra donc sanctionner un représentant du personnel pour des abus commis dans l'exercice de ses fonctions représentatives. Sera alors, le plus souvent, privilégié le licenciement, car l'attitude déloyale est reconnue comme une cause réelle et sérieuse de licenciement¹²⁰³, voire une faute grave¹²⁰⁴. Mais d'autres sanctions, moins sévères sont évidemment envisageables. Une mise à pied, une

¹¹⁹⁹ Communications injurieuses ou diffamatoires : Cass. soc. 4 février 1976, n° 75-40008, *Bull. V*, n° 64 ; CE 1^{er} juin 1979, préc. ; Cass. soc. 16 octobre 1985, n° 82-42984, *Bull. V*, n° 461

¹²⁰⁰ CE 25 avril 1984, n° 39515 ; Cass. soc. 27 novembre 1985, n° 84-40255, *Bull. V*, n° 557

¹²⁰¹ Dictionnaire "Petit Robert" ; Dictionnaire "Littré"

¹²⁰² CE 10 novembre 1993, n° 112793

¹²⁰³ Cass. soc. 30 mars 2005, n° 03-16167, *Bull. V*, n° 110

¹²⁰⁴ Cass. soc. 12 octobre 2004, n° 03-43465, *Bull. V*, n° 246 ; Cass. soc. 21 octobre 2003, n° 01-43943, *Bull. V*, n° 258 ; Cass. soc. 25 juin 2002, n° 00-44001, *Bull. V*, n° 211

rétrogradation, ou un avertissement seront susceptibles d'être infligés au salarié protégé.

B. Le non-respect des prescriptions légales

Ainsi que nous l'avons détaillé précédemment, la loi encadre l'activité des titulaires de mandat en posant des limites et des interdictions¹²⁰⁵. La question de la sanction disciplinaire du dépassement de ces limites est très délicate et pose problème.

La jurisprudence a tout d'abord considéré que le pouvoir de sanction de l'employeur ne s'appliquait pas dans ce cas. La chambre criminelle affirmait ainsi que « s'il ne peut être fait grief à l'employeur d'user de son pouvoir disciplinaire à l'égard d'un délégué syndical qui, abusant de ses prérogatives, les a détourné de leur objet, lequel doit être limité à la défense des intérêts professionnels des salariés, il en est autrement lorsque le chef d'entreprise prétend sanctionner une simple irrégularité commise par le délégué dans l'exercice normal de son mandat »¹²⁰⁶. En l'espèce, il s'agissait d'un défaut de communication préalable d'un affichage à l'employeur. Désormais, la chambre sociale admet sans ambiguïté des sanctions disciplinaires prononcées contre des salariés (y compris des salariés protégés) qui ont procédé à des distributions sur les lieux ou pendant le temps de travail¹²⁰⁷. Le Conseil d'État considère, pour sa part que « les dépassements par un salarié, membre du comité d'entreprise, du temps qu'il peut légalement consacrer à l'exercice de ses fonctions constituent, alors même que le temps passé au-delà de la durée légale n'est pas payé, un

¹²⁰⁵ Nombre d'heures de délégation, modes de diffusion de l'information, modalités de circulation dans l'entreprise, etc.

¹²⁰⁶ Cass. crim. 25 mai 1982, n° 81-93443, *Bull. crim.*, n° 135

¹²⁰⁷ Cass. soc. 9 juin 1983, préc. ; Cass. soc. 20 octobre 1988, préc. ; Cass. soc. 31 mars 1998, préc. ; Également CA Versailles, 13 mai 1994, *RJS* 8-9/94, n° 1105

manquement à ses obligations professionnelles »¹²⁰⁸ qui justifie donc une sanction disciplinaire.

Le principe d'une sanction de l'employeur semble donc, à présent, admis¹²⁰⁹. Reste à déterminer sa nature. Car toute méconnaissance des prescriptions légales ne saurait justifier un licenciement. Une règle générale pourrait être dégagée de la jurisprudence relative aux dépassements des heures de délégation. Ces dépassements peuvent conduire, outre au non-paiement en l'absence de travail, à des sanctions disciplinaires¹²¹⁰, voire à un licenciement s'ils sont répétés et importants¹²¹¹. À l'inverse, des dépassements de faible importance ne justifient pas une autorisation de licenciement¹²¹².

L'on constate donc, à la lecture de la jurisprudence administrative, que la seule méconnaissance des règles légales ne suffit pas à sanctionner les représentants du personnel par un licenciement. En exigeant que les dépassements soient importants et répétés pour pouvoir licencier, le juge exige davantage. Est-il alors nécessaire qu'un trouble¹²¹³ soit causé au fonctionnement de l'entreprise, comme certains auteurs l'ont suggéré¹²¹⁴? Cela n'est pas réellement fondé, car d'une part les juges eux-mêmes ne procèdent pas expressément à une telle recherche¹²¹⁵, et d'autre part, ce qui justifie l'exercice par l'employeur de son

¹²⁰⁸ CE 16 avril 1982, n° 19530

¹²⁰⁹ Reste à savoir si la chambre criminelle va suivre ou persister dans son refus

¹²¹⁰ Cass. crim. 8 octobre 1991, n° 90-86628, *Bull. crim.* n° 335

¹²¹¹ CE 16 avril 1982, préc ; CE 17 décembre 1993, n° 116531, *RJS* 3/94, n° 263 ; CAA Paris 17 novembre 1998, n° 97PA000997

¹²¹² CE 28 avril 1997, n° 147625

¹²¹³ Il ne peut s'agir, ici, en tout état de cause du « trouble manifeste causé à l'entreprise » car cela situerait le débat hors du champ disciplinaire

¹²¹⁴ K. Adom, « Le pouvoir disciplinaire et l'action syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1997, p. 10

¹²¹⁵ *Contra* dans une décision ancienne : « à défaut d'accord entre les parties délimitant les emplacements où peut s'effectuer la diffusion de publications et tracts, celle-ci ne saurait, quant à son lieu, revêtir un caractère illégal que dans le cas où elle aurait été abusivement faite dans des conditions de nature à apporter un trouble injustifié à l'exécution normale du travail ou à la marche de l'entreprise » : Cass. crim. 21 février 1979, n° 77-92618, *Bull. crim.*, n° 81

pouvoir disciplinaire est la faute commise par le salarié, qui en s'absentant, manque à ces obligations professionnelles. Que les magistrats s'assurent qu'il ne soit pas tiré argument d'une toute irrégularité mineure afin de se débarrasser d'un militant considéré comme gênant est souhaitable. Aller au-delà, en exigeant que, pour sanctionner un représentant du personnel qui agit en dehors du cadre légal, une atteinte à la bonne marche de l'entreprise soit démontrée, conduirait à une immunité injustifiée. La solution appliquée actuellement par le Conseil d'État est juste en ce qu'elle concilie ces deux impératifs. Des sanctions disciplinaires de moindre importance sont envisageables dès la première irrégularité, mais le licenciement n'est possible qu'en cas de réitération ou de dépassement particulièrement conséquent.

La même approche doit être adoptée s'agissant des autres limitations légales. Pour pouvoir licencier, il doit être exigé davantage que le simple constat d'une irrégularité. La réitération ou l'importance des faits doit être démontrée. Telle semble d'ailleurs être la position du Conseil d'État qui considère que le fait d'avoir apposé des autocollants syndicaux hors des panneaux réservés à cet effet ne constitue pas une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement¹²¹⁶, de même que l'introduction, dans l'enceinte de l'entreprise, d'un représentant syndical étranger à celle-ci¹²¹⁷. Des mises à pied et des avertissements sont, en revanche, possibles à l'encontre des membres du comité d'entreprise¹²¹⁸, des délégués syndicaux¹²¹⁹ ou des délégués du personnel¹²²⁰ qui ont introduit des conférenciers extérieurs dans l'entreprise en violation des

¹²¹⁶ CE 25 juillet 1986, n° 69499

¹²¹⁷ CE 12 juin 1981, n° 23524 ; contra : Cass. soc. 3 octobre 1963, préc.

¹²¹⁸ Cass. soc. 22 juillet 1982, préc

¹²¹⁹ Angers, 20 novembre 1979, préc.

¹²²⁰ Cass. soc. 8 janvier 1981, préc.

dispositions légales et réglementaires. De même, des mises à pied peuvent être prononcées contre des salariés protégés qui ont organisé des réunions sur les lieux et pendant la durée du travail¹²²¹.

C. Les fautes commises pendant une grève

Ainsi que nous avons déjà pu l'indiquer, diverses fautes sont susceptibles d'être commises pendant un conflit collectif¹²²². Mais le pouvoir disciplinaire de l'employeur n'est pas uniforme, il varie selon que la grève est authentique ou non.

1. Les fautes commises au cours d'une grève authentique

Rappelons tout d'abord que les abus qui sont commis au cours d'une grève ne disqualifient pas le mouvement qui est ainsi soumis aux articles L. 1132-2 et L. 2511-1 du Code du travail. Ces textes disposent que « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de l'exercice normal du droit de grève » et que « l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ». Cependant, demeure la question de la place de l'abus dans ce régime. Car le Code prévoit que c'est la faute lourde qui peut justifier un licenciement et non un abus. Ces deux notions sont-elles équivalentes et substituables ?

La Cour de cassation reconnaît qu'un abus du droit de grève puisse être constitutif d'une faute lourde¹²²³. Cela n'est évidemment pas automatique, le juge devant vérifier la participation personnelle du salarié aux faits fautifs. Le

¹²²¹ Cass. soc. 21 mai 1981, préc. ; Cass. soc. 13 novembre 1974, préc. ; Cass. soc. 22 février 1967, préc.

¹²²² Cf *supra* Titre I

¹²²³ Cass. soc. 11 juin 1981, n° 79-42013, préc.

seul fait de collaborer à un mouvement au cours duquel des abus sont commis ne suffit donc pas à caractériser une faute lourde¹²²⁴. Les faits doivent être directement imputables au salarié poursuivi.

Mais comment concilier ces solutions avec la jurisprudence du Conseil d'État qui, pour sa part, vérifie que les faits reprochés sont suffisamment graves afin de justifier un licenciement ? Cette « faute suffisamment grave » vaut-elle reconnaissance, en matière de grève, de l'existence d'une faute lourde ? Certains auteurs ont pu craindre que les représentants du personnel soient moins bien protégés que les salariés ordinaires¹²²⁵. Ces derniers ne pouvant être licenciés que pour faute lourde alors que les représentants du personnel pouvaient voir leur contrat rompu dès la reconnaissance d'une faute grave¹²²⁶.

En fait, tel n'est pas le cas. S'il n'est pas fait expressément référence à la faute lourde, il appartient néanmoins à l'administration « de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, notamment, dans le cas de faits survenus à l'occasion d'une grève, des dispositions de l'article L. 521-1 du Code du travail [art. L. 2511-1 nouveau] et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont celui-ci est investi »¹²²⁷. Il résulte clairement de cette décision que, dans le cadre du contrôle qu'exerce l'inspecteur du travail, celui-ci vérifie, notamment lorsqu'il y a grève, que les prescriptions de l'article L 2511-1 du Code du travail sont bien respectées. Le commissaire du gouvernement développe ainsi son analyse (qui sera reprise par

¹²²⁴ Cass. soc. 20 mai 1955, n° 55-02582, *Bull. IV*, n° 427

¹²²⁵ Conclusions du commissaire du Gouvernement D. Kessler qui évoque les professeurs Sinay et Javillier, *Dr. soc.* 1992, p. 689

¹²²⁶ C'est-à-dire dans la gradation propre au Code du travail, une faute moins importante que la faute lourde

¹²²⁷ CE 1^{er} avril 1992, n° 112826, *Dr. soc.* 1992, p. 689

le Conseil d'État) : « En cas de grève, tous les salariés bénéficient de la protection instaurée par l'article L. 521-1 du Code du travail [art. L. 2511-1 nouveau] : ils ne peuvent être licenciés que pour faute lourde. Mais compte tenu du statut protecteur du salarié protégé, il appartient à l'autorité administrative de contrôler, en tenant compte, notamment de l'article L. 521-1 [L. 2511-1 nouveau], si le statut protecteur n'est pas atteint »¹²²⁸. Le commissaire du gouvernement rappelle que si le Conseil d'État ne fait pas état de la faute lourde du salarié, la référence à l'article L. 521-1 [ancien] du Code implique que l'administration est tenue de vérifier, sous le contrôle du juge, que le salarié protégé a commis une telle faute avant d'autoriser son licenciement. « Finalement, dès lors qu'il est clair que le salarié protégé ne peut faire l'objet légalement d'une autorisation administrative de licenciement que s'il a commis une faute lourde lors d'une grève, le juge du fond est réputé, en indiquant que cette faute est suffisamment grave, avoir procédé à cette recherche au vu des critères généraux dégagés »¹²²⁹. Il est arrivé par la suite que le Conseil d'État ne fasse même pas mention, dans sa motivation, des dispositions de l'article L. 521-1 [ancien]¹²³⁰. Pour autant, cette omission ne peut remettre en cause la position de la haute juridiction puisque la référence aux « règles applicables au contrat de travail » demeure, ce qui inclut l'article L. 2511-1. D'ailleurs, dans des décisions postérieures, la référence à l'article L. 521-1 [ancien] est réapparue.¹²³¹

¹²²⁸ Conclusions de commissaire du gouvernement D. Kessler, préc.

¹²²⁹ Conclusions du commissaire du gouvernement, préc.

¹²³⁰ CE 25 février 1994, n° 113903, *RJS* 7/94, n° 882 : « il appartient à l'inspecteur du travail de rechercher si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi ».

¹²³¹ CE 12 juillet 1995, n° 143077, *RJS* 10/95, n° 1030 ; CE 10 janvier 2000, n° 157269, *RJS* 5/00, n° 554

Les juridictions judiciaires restent, quant à elles, compétentes pour les sanctions inférieures au licenciement. Depuis 1992, ces sanctions disciplinaires prononcées pour des faits commis pendant la grève nécessitent également l'existence d'une faute lourde¹²³².

En pratique, cette question ne présente que peu d'intérêt car si la faute commise peut justifier à la fois un licenciement ou une sanction moins grave, l'employeur aura tendance à privilégier le licenciement. Pour autant, il est des hypothèses où l'intérêt réapparaît ; c'est le cas lorsque l'autorisation de licenciement a été refusée. L'employeur peut alors souhaiter prononcer une mise à pied ou un avertissement. La question est intéressante car si la faute à l'origine de toute manifestation du pouvoir disciplinaire de l'employeur est la même (c'est-à-dire une faute lourde), peut-on réellement envisager de prononcer un avertissement (par exemple) alors que l'inspecteur du travail a refusé d'autoriser le licenciement de l'intéressé pour les mêmes agissements? La décision de ce dernier s'impose-t-elle au juge judiciaire ? Un arrêt du 4 avril 1995¹²³³ nous éclaire sur ce point. Il résulte de cette décision que les juges judiciaires peuvent estimer que la sanction, autre qu'un licenciement, infligée à un salarié protégé est justifiée même si, pour les mêmes faits, l'inspecteur du travail a refusé d'autoriser le licenciement de l'intéressé. En effet, dès lors qu'ils ne statuent pas sur une mesure de licenciement, les juges judiciaires ne sont pas liés par les appréciations portées par l'inspecteur du travail à l'occasion d'une demande d'autorisation de licenciement. Ainsi, en matière de licenciement, la décision de l'inspecteur du travail s'impose au juge judiciaire¹²³⁴. En revanche, dès lors que la sanction prononcée n'est pas un licenciement, les juges judiciaires retrouvent

¹²³² Cass. soc. 16 décembre 1992, n° 91-41215, *Bull. V*, n° 592 et *Dr. soc.* 1993, p. 291

¹²³³ Cass. crim. 4 avril 1995, n° 93-80312, *Bull. crim.* n° 146 et *RJS* 6/95, n° 666

¹²³⁴ Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 02-43538, *Bull. V*, n° 210 : « Le juge judiciaire ne peut, lorsqu'une autorisation de licenciement a été accordée, apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciement »

la plénitude de leurs pouvoirs. Il leur appartient alors d'apprécier en toute liberté la gravité de la faute commise par le salarié protégé, quelle que soit l'appréciation portée par l'inspecteur du travail sur ces faits.

En pratique, les divergences devraient être rares puisque l'appréciation de la faute lourde permettant le licenciement est la même pour les juridictions administratives ou judiciaires.

Le législateur admet donc, tout en la limitant à la démonstration d'une faute lourde, la capacité de l'employeur à sanctionner un représentant du personnel gréviste qui aurait commis des abus. La même solution est appliquée aux actes illicites perpétrés au cours du mouvement.

Désormais la solution est bien établie : «La cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles caractérise l'exercice du droit de grève. La commission, par certains salariés grévistes, d'actes illicites au cours de leur mouvement, ne modifie pas ce dernier ». ¹²³⁵ Les infractions pénales qui sont commises au cours d'une grève ne disqualifient pas le mouvement. Par conséquent, la démonstration d'une faute lourde doit être faite si l'employeur souhaite en tirer des conséquences disciplinaires.

Face au licenciement d'un représentant du personnel, le juge administratif devra alors rechercher, en appliquant les règles du droit du travail et, notamment, le cas échéant, l'article L 2511-1, si le salarié a commis une faute suffisamment grave pour justifier cette mesure. Et dans ces hypothèses, la chose jugée au pénal aura autorité au civil¹²³⁶.

¹²³⁵ Cass. soc. 4 novembre 1992, n° 90-41899, *Bull. V*, n° 529 ; Cass. soc. 18 janvier 1995, n° 91-10476, *Bull. V*, n° 27

¹²³⁶ Cass. soc. 26 janvier 1994, n° 92-42048 *Dr. soc.* 1994, p. 389 (4^{ème} espèce), observations Ph. Waquet

En pratique, le fait de porter des coups à des membres du personnel qui tentaient de s'opposer à la progression de la manifestation¹²³⁷, de bousculer et prendre à partie violemment des salariés qui refusaient de se joindre au mouvement¹²³⁸, de blesser des non grévistes¹²³⁹, d'avoir un comportement délibérément agressif¹²⁴⁰ sont constitutifs d'une faute d'une gravité suffisante. Cependant, le contexte social peut, sinon justifier, au moins atténuer le caractère de gravité de légères violences physiques : « eu égard au climat tendu qui régnait alors dans l'entreprise, où une partie du personnel avait été mise au chômage total en raison de sérieuses difficultés économiques et où des rapports conflictuels s'étaient établis entre la direction et l'encadrement d'une part, les ouvriers et les représentants du personnel d'autre part, les fautes commises le 19 juillet 1984 par M. X... et qui s'analysent en des insultes grossières accompagnées de violences physiques légères envers un agent de maîtrise ne présentaient pas un caractère de gravité suffisante pour justifier le licenciement de M. X... »¹²⁴¹. La séquestration¹²⁴² et même la tentative de séquestration¹²⁴³ justifient également le licenciement de représentants du personnel, de même que le débrayage des machines¹²⁴⁴, les blocages¹²⁴⁵ et les atteintes à l'outil de production¹²⁴⁶.

¹²³⁷ CE 6 mars 2002, n° 214656

¹²³⁸ CE 12 juillet 1995, n° 143077, *RJS* 10/95, n° 1030

¹²³⁹ CE 9 octobre 1987, n° 71667, *JCP* 1988, éd. G, II, n° 20964

¹²⁴⁰ CE 25 février 1994, n° 113903, *RJS* 7/94, n° 882

¹²⁴¹ CE 13 novembre 1987, n° 68104

¹²⁴² CE 23 octobre 1985, n° 48508 ; CE 1^{er} février 1989, n° 64575 ; CE 12 juillet 1995, n° 143077 ; CE 11 février 2005, n° 247673

¹²⁴³ CE 20 juillet 1990, n° 96516

¹²⁴⁴ CE 13 novembre 1987, n° 67088 ; également à propos de l'arrêt d'une rotative : CE 1^{er} avril 1992, n° 112826, *Dr. soc.* 1992, p. 689

¹²⁴⁵ CE 13 avril 1988, n° 69999, CE 12 février 1982, n° 27347 ; CE 10 janvier 2000, n° 157269

¹²⁴⁶ CE 9 octobre 1987, n° 71788 ; CE 29 avril 1983, n° 11494

L'employeur peut néanmoins faire le choix de ne pas licencier le salarié et décider de prononcer une sanction plus légère¹²⁴⁷.

Parfois, la jurisprudence fait basculer le débat sur l'abus de droit en considérant que si ces actes entraînent ou risquent d'entraîner une désorganisation de l'entreprise, ils peuvent conduire à rendre le mouvement abusif¹²⁴⁸. Philippe Waquet citait à titre d'exemple les atteintes à l'outil de travail ou la détérioration des produits¹²⁴⁹. Tel serait également le cas si l'entreprise était totalement coupée du monde extérieur, par un blocage par exemple. La frontière n'est donc pas aisée à déterminer et un défaut de droit pourrait être la cause d'un abus de droit. Cela montre, si cela est encore nécessaire, combien les juges sont hésitants sur ces concepts. Nous estimons pour notre part, que l'abus de droit causé par la désorganisation de l'entreprise devrait être limité aux modes de grève ayant des effets sur le fonctionnement de l'entreprise. Quant aux actes illicites, ils relèvent sans hésitation du défaut de droit puisqu'il s'agit d'actions en dehors de ce que la loi autorise. D'autant que, rappelons-le, les grévistes ne seront pas moins bien protégés que sur le terrain de l'abus de droit, la preuve d'une faute lourde devant également être rapportée.

2. Les mouvements illicites

En participant à un mouvement illicite, le représentant du personnel "gréviste" n'est plus gréviste ; son contrat n'est donc pas suspendu, et l'inexécution fautive de ses obligations peut être sanctionnée en dehors de toute faute lourde puisqu'il ne peut pas se réfugier derrière l'article L. 2511-1. Il n'est

¹²⁴⁷ En l'espèce deux jours de mise à pied : Cass. soc. 8 février 1972, n° 71-40285, *Bull. V*, n° 113 et *D.* 1972, jp, p. 656, note J. Savatier

¹²⁴⁸ Sens de l'arrêt du 18 janvier 1995, préc.

¹²⁴⁹ Préc.

plus nécessaire, comme cela avait été fait précédemment, de passer par le raisonnement suivant lequel « la seule participation à un mouvement qui n'entre pas dans le cadre de l'exercice licite d'une grève constitue une faute lourde »¹²⁵⁰. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur n'est plus limité. Il peut donc y avoir un licenciement pour faute grave¹²⁵¹, voire pour simple cause réelle et sérieuse. Ces licenciements pourront être justifiés par les absences, abandons de poste, insubordinations, refus d'exécuter les obligations contractuelles résultant de l'exercice de ce mouvement illicite. Les actes de violence, destruction, séquestration ou entrave à la liberté du travail pourront pareillement autoriser la rupture des contrats de travail sans avoir à démontrer l'existence d'une faute lourde, s'ils interviennent lors d'un conflit qui ne peut être qualifié de grève.

La disqualification du mouvement emporte des conséquences particulièrement importantes pour les participants¹²⁵². Voilà sans doute une des raisons pour lesquelles le champ de la grève authentique a été en permanence étendu pour ne laisser subsister que de rares mouvements illicites.

Dans les services publics, le dépôt d'un préavis par une organisation syndicale représentative est une obligation qui conditionne la licéité du déclenchement de la grève. Lorsque cette procédure n'est pas respectée, des sanctions sont prévues¹²⁵³. Les représentants du personnel participant à la grève

¹²⁵⁰ Cass. soc. 24 juin 1987, n° 85-40250, *Bull. V*, n° 420.

¹²⁵¹ Comme dans l'arrêt du 16 novembre 1993, n° 91-41024, *Bull. V*, n° 268 et *Dr. soc.* 1994, p. 35, rapp. Ph. Waquet, note J-E. Ray

¹²⁵² Il ne saurait, pour autant, être question de maintenir l'analyse sur le terrain de l'abus de droit, ainsi que le préconisent certains auteurs, notamment en ce qui concerne les grèves politiques. Ceci « pour ne pas injurier l'évidence : une grève politique est une grève » : J. Pélissier, A. Supiof, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd, 2008

¹²⁵³ C. trav. art. L. 2512-4

pourront être mis à pied, rétrogradés, révoqués ou licenciés. Il en est de même en cas d'organisation d'une grève tournante¹²⁵⁴.

Cependant, pour pouvoir prononcer ces sanctions, les juges, judiciaire et administratif, mettent à la charge de l'employeur une obligation préalable, non prévue par les textes¹²⁵⁵ : l'information des grévistes. Ainsi, les licenciements pour fait de grève non précédée d'un préavis de salariés d'une entreprise d'enlèvement d'ordures ménagères chargée par les communes d'assurer cet enlèvement sont abusifs dès lors que les salariés, « dont l'attention n'avait pas été appelée sur l'obligation de préavis incombant, en cas de grève, au personnel des entreprises privées lorsqu'elle sont chargées de la gestion d'un service public, n'avaient pas enfreint sciemment les dispositions de l'article L. 521-3 [ancien] du Code du travail »¹²⁵⁶. De même, si tout manquement au délai de préavis est constitutif d'une faute lourde imputable à ceux qui l'ont donné, une telle faute ne peut être reprochée aux autres salariés que « si leur attention a été attirée sur l'obligation de respecter le préavis incombant au personnel des entreprises privées chargées de la gestion d'un service public »¹²⁵⁷. Même solution pour le Conseil d'État : « la participation au mouvement n'est pas constitutive d'une faute dès lors que l'attention des intéressés n'a pas été appelée sur la nécessité de vérifier que le préavis respectait les dispositions de l'article L.521-3 [ancien] du Code du travail »¹²⁵⁸.

A l'inverse, « si l'employeur a informé l'ensemble des salariés de l'entreprise du caractère illégal de la grève en raison du non-respect du délai légal de préavis et que l'existence de cette notification n'est pas discutée par le salarié », la

¹²⁵⁴ Sous réserve des précisions développées précédemment

¹²⁵⁵ Selon Ph. Waquet (préc.), cette obligation méconnaît le profond changement apporté au droit de grève dans les services publics par la loi du 31 juillet 1963

¹²⁵⁶ Cass. soc. 5 juin 1984, n° 81-42229, *Bull. V*, n° 229 ; également Cass. soc. 8 octobre 2003, n° 01-43220, inédit

¹²⁵⁷ Cass. crim. 10 mai 1994, n° 93-82603, *RJS* 10/1994, n° 1171

¹²⁵⁸ Préavis déposé par un syndicat non représentatif : CE 8 janvier 1992, n° 90634

sanction de mise à pied d'une durée de quatre jours pour ne pas avoir pris son service est valable¹²⁵⁹.

Section 2 : La sanction civile

La sanction civile ne vise pas qu'à l'obtention de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Elle offre d'autres perspectives selon la nature du manquement en cause.

§1. L'exécution forcée

Dans la mesure où pèse sur les représentants du personnel un devoir d'agir, l'inexécution de leurs prérogatives engage leur responsabilité¹²⁶⁰. Mais avant d'en arriver au prononcé d'une sanction, ne peut-on pas envisager de contraindre le titulaire de mandat à exercer ses attributions ?

Le 11 février 1971, la Cour de cassation a reconnu à la charge du comité d'entreprise une obligation de contrôle sur ses activités sociales et culturelles¹²⁶¹. En l'espèce l'institution représentative avait manqué à cette obligation et avait causé de ce fait un préjudice à des tiers envers lesquels elle avait été condamnée à réparation. Au lieu d'attendre que le préjudice se réalise ou avant que celui-ci soit trop important, les tiers lésés auraient pu tenter d'obtenir, au besoin sous astreinte, l'exécution par le comité de son obligation. Rien ne s'oppose juridiquement à ce qu'une telle action prospère. Il est en effet très difficile d'envisager une exécution forcée directe, dans la mesure où il s'agit d'une

¹²⁵⁹ Cass. soc. 11 janvier 2007, n° 05-40663, *Bull. V*, n° 2 et *D.* 2007, jp, p. 549, note F. Duquesne

¹²⁶⁰ Cf *supra*

¹²⁶¹ Cass. soc. 11 février 1971, n° 69-12463, *Bull. V*, n° 110 et *D.* 1971, jp, p. 375, note J-J. Dupeyroux

obligation de faire. En revanche, l'exécution forcée indirecte est parfaitement possible. Elle permet, faute de pouvoir contraindre directement le débiteur à exécuter en nature ses obligations, de l'atteindre dans ses intérêts patrimoniaux, en lui infligeant une pénalité telle qu'il s'expose, en s'obstinant dans son refus d'exécuter son obligation, à éprouver un préjudice important.

L'exécution forcée pourrait être étendue à une autre hypothèse bien spécifique : la négociation obligatoire. Dans l'entreprise, l'employeur doit prendre l'initiative de la négociation. A défaut d'une telle initiative depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, celle-ci s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative¹²⁶². L'employeur qui n'engage pas la négociation peut être déclaré civilement responsable des préjudices subis par les salariés et les organisations syndicales. Il semble également que les syndicats aient la possibilité d'introduire une demande en référé devant le Président du Tribunal de grande instance pour faire cesser le trouble résultant d'un refus d'ouvrir la négociation. Par application des articles 808 et 809 du Code de procédure civile, le juge des référés peut ordonner, le cas échéant sous astreinte, l'ouverture de négociations et la production de documents¹²⁶³. Or, ainsi que nous avons pu l'indiquer¹²⁶⁴, l'employeur ne peut négocier seul. L'obligation de négocier pèse également sur l'autre partie, qui doit pouvoir être contrainte dans les mêmes conditions.

La contrainte pourrait également concerner le devoir d'informer qui pèse sur les représentants du personnel. On peut imaginer que, dans une entreprise en

¹²⁶² C. trav. art. L. 2242-1

¹²⁶³ Cass. soc. 13 juillet 1988, n° 86-16302, *Bull.* V, 454

¹²⁶⁴ Cf *supra* Titre I

restructuration, les salariés s'estiment insuffisamment renseignés sur les projets et les solutions envisagés. Ils pourraient alors agir pour obtenir de leurs représentants les informations qu'ils sont en droit de recevoir.

Pour les autres obligations qui pèsent sur les titulaires de mandat, en revanche, la reconnaissance d'une action en exécution forcée est moins adaptée voire inutile.

Concernant l'obligation de rendre un avis, la contrainte supposerait la vérification préalable que le refus est illégitime. Si celui-ci est justifié, point d'exécution forcée ; et s'il ne l'est pas l'employeur peut passer outre et continuer la procédure. L'action ne présente donc guère d'intérêt. La solution est identique s'agissant du devoir de transmettre les réclamations des salariés, ceux-ci pouvant toujours s'adresser directement à l'employeur.

Enfin, le recours à l'exécution forcée pour faire appliquer le devoir de modérer l'action revendicative dans un conflit collectif n'a aucun sens. L'exécution serait nécessairement tardive et donc sans intérêt.

§2. Le versement de dommages et intérêts

Le versement de dommages et intérêts vise à réparer en équivalent le préjudice subi. Cette sanction peut avoir deux origines : la responsabilité civile contractuelle et la responsabilité civile délictuelle. Et leurs domaines respectifs ne sont pas nécessairement aisés à identifier.

A. La responsabilité civile contractuelle

La responsabilité civile contractuelle suppose une faute commise dans le cadre d'un contrat. Plus précisément, ce n'est que la faute commise par le débiteur contractuel dans l'exécution de son obligation qui peut fonder la responsabilité¹²⁶⁵. En l'espèce, elle ne concernera que l'employeur, qui est lié par un contrat de travail avec les représentants du personnel¹²⁶⁶.

Or, les règles de la responsabilité contractuelle du salarié à l'égard de l'employeur ne sont pas celles du droit commun : « l'ouvrier ne peut être tenu pour responsable que si sa façon de procéder relève par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur volontaire, mais une faute lourde, voire volontaire »¹²⁶⁷. Ainsi, « seule la faute lourde du salarié peut engager la responsabilité pécuniaire de celui-ci »¹²⁶⁸.

L'exigence d'une faute qualifiée pour engager la responsabilité contractuelle du salarié peut avoir plusieurs explications. Tout d'abord l'existence du lien de subordination : la faute commise par le salarié peut n'avoir été rendue possible que par un manquement de l'employeur à son obligation de surveillance¹²⁶⁹. De plus, c'est à l'employeur de répondre des risques d'exploitation¹²⁷⁰, et les incompétences ou les maladresses des salariés font partie de ces risques. En revanche, si le chef d'entreprise doit effectivement

¹²⁶⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd, 2009

¹²⁶⁶ Une autre hypothèse envisageable est celle du comité d'entreprise lié par des contrats avec divers fournisseurs et prestataires de service dans le cadre de ses activités sociales et culturelles

¹²⁶⁷ Cass. soc. 27 novembre 1958, *D.* 1959, jp., p. 20

¹²⁶⁸ Cass. soc. 31 mai 1990, n° 88-41419, *Bull. V*, n° 260 ; Cass. soc. 12 avril 1995, n° 92-12373, *Bull. V*, n° 131 et *RJS* 5/95, p. 487

¹²⁶⁹ « Le salarié étant dirigé et contrôlé par l'employeur, celui-ci est, en général, mal placé pour se plaindre d'une exécution défectueuse du contrat. » G. Couturier, *Droit du travail, 1/ Les relations individuelles du travail*, PUF Droit fondamental, 3^{ème} éd. 1996, n° 200

¹²⁷⁰ « Un salarié ne répond pas vis-à-vis de son employeur des risques de l'exploitation et sa responsabilité ne peut se trouver engagée qu'en cas de faute personnelle lourde », Cass. soc. 22 mai 1975, n° 74-40454, *Bull. V*, n° 265

supporter les maladroites ou les imprudences de ses salariés, il n'a pas à répondre des fautes lourdes qui échappent à toute prévision.

La faute lourde est la faute se situant au sommet de la hiérarchie des fautes. « Elle est plus grave que la faute grave »¹²⁷¹. Depuis 1990, la Cour de cassation utilise l'intention de nuire pour caractériser la faute lourde. Ainsi, le 5 avril 1990¹²⁷², la Cour relève que le salarié « avait manifesté une volonté certaine de nuire », ce qui permet de qualifier les faits de faute lourde¹²⁷³. Le critère permettant de reconnaître une faute lourde est donc le caractère intentionnel des faits commis par le salarié¹²⁷⁴. Car, « non seulement [le salarié] a prévu les conséquences dommageables de son acte pour le créancier, mais en plus il les a recherchées »¹²⁷⁵.

Nous avons vu que les représentants du personnel peuvent être sanctionnés disciplinairement pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions si ces faits sont constitutifs d'une violation des obligations continues qui pèsent encore sur eux¹²⁷⁶, en cas de non-respect des prescriptions légales et pour des fautes commises au cours d'un mouvement collectif¹²⁷⁷. Or, une faute disciplinaire est toujours une faute contractuelle¹²⁷⁸.

¹²⁷¹ G. Couturier, préc.

¹²⁷² Cass. soc. 5 avril 1990, n° 88-40245, *Bull. V.* n° 175

¹²⁷³ Également Cass. soc. 16 mai 1990, n° 88-41565, *Bull. V.* n° 228 ; Cass. soc. 31 mai 1990, n° 88-41419, *Bull. V.* n° 260 ; Cass. soc. 29 novembre 1990, n° 88-40618, *Bull. V.* n° 599

¹²⁷⁴ Voir en ce sens : B. Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire. » *Dr. soc.* 1995, p. 26 et G. Couturier, « La faute lourde du salarié », *Dr. soc.* 1991, p. 105

¹²⁷⁵ B. Bossu, préc.

¹²⁷⁶ Obligation de loyauté, obligation de discrétion

¹²⁷⁷ cf *supra* Titre I

¹²⁷⁸ En ce sens B. Bossu, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc.* 1995, p. 26

Contra : J. Mouly, « Disciplinaire, donc non contractuel », *Dr. soc.* 2003, p. 395

Ces faits que nous avons dégagés comme étant susceptibles de conduire à une sanction disciplinaire peuvent donc fonder également une indemnisation pécuniaire s'ils sont constitutifs d'une faute lourde.

Tout d'abord, les juges ont admis que, dans certaines hypothèses, la violation de l'obligation de loyauté puisse constituer une faute lourde. Il s'agit essentiellement de cas de concurrence déloyale¹²⁷⁹. Mais rien ne s'oppose à ce que d'autres attitudes déloyales puissent conduire à la même qualification. Dans une décision du 3 février 1993¹²⁸⁰, la Cour de cassation avait d'ailleurs retenu la faute lourde à l'encontre d'un salarié, délégué syndical, délégué du personnel suppléant et membre suppléant du comité d'établissement et du comité central d'entreprise qui avait participé à l'installation dans le bureau du directeur d'un système d'écoute relié à un matériel d'enregistrement situé dans le local syndical. Cette faute, qui avait donné lieu à un licenciement aurait donc pu également permettre d'engager la responsabilité civile du salarié.

L'abus du droit à la libre expression a également pu justifier un licenciement disciplinaire pour faute lourde en raison de l'intention de nuire¹²⁸¹. Cette hypothèse, qui concernait un salarié ordinaire, peut trouver à s'appliquer à un représentant du personnel dans l'exercice de sa mission. De même, dans une décision du 16 octobre 1985¹²⁸² relative à un affichage, un salarié, membre du comité d'établissement avait été licencié pour faute grave pour avoir « rédigé

¹²⁷⁹ Voir notamment Cass. soc. 16 mai 2007, n° 06-40062, inédit ; Cass. soc. 21 octobre 2003, n° 01-44209, inédit ; Cass. soc. 30 septembre 2003, n° 01-45066, inédit

¹²⁸⁰ Cass. soc. 3 février 1993, n° 90-43642, *Bull. V*, n° 34

¹²⁸¹ Cass. soc. 26 septembre 2006, n°05-41173 : propos diffamatoires caractérisant l'abus par le salarié de son droit à la libre expression et son intention de nuire à l'employeur, justifiant ainsi le licenciement disciplinaire du salarié pour faute lourde

¹²⁸² Cass. soc. 16 octobre 1985, n° 82-42984, *Bull. V*, n° 461

une affiche, apposée sur le panneau réservé aux communications syndicales, contenant des termes jugés inadmissibles par l'employeur ». La Cour de cassation valide le licenciement au motif que « la Cour d'appel avait estimé que ces termes démontraient de la part de son auteur une intention malveillante à caractère nettement diffamatoire ». Dans cette hypothèse, la faute lourde n'avait pas été invoquée mais ne pourrait-on pas imaginer, dans la mesure où les juges ont retenu une *intention malveillante*, que la faute lourde (qui résulte d'une intention de nuire) aurait pu être caractérisée.

Un raisonnement identique pourrait être tenu à propos de la distribution de tracts dont le contenu serait particulièrement préjudiciable à l'entreprise¹²⁸³.

Il faut cependant noter, que, comme en matière disciplinaire, la faute va s'apprécier *in concreto*¹²⁸⁴ et donc tenir compte notamment des circonstances dans lesquelles les faits ont pu être commis. Ainsi, l'attitude de l'employeur, le climat social, etc., pourront amener le juge à rejeter la notion de faute lourde. Ceci est particulièrement vrai dans les relations entre les représentants du personnel et la direction.

Cependant, si juridiquement rien ne s'oppose à ce que l'employeur agisse sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle afin de sanctionner des faits commis par un représentant du personnel dans l'exercice de sa mission, en pratique cette voie ne sera pas privilégiée. Car si les faits sont constitutifs d'une faute lourde, il est plus aisé pour l'employeur de se placer sur le terrain disciplinaire et de prononcer le licenciement pour faute lourde, ce qui aura pour

¹²⁸³ Voir par exemple CE 1^{er} juin 1979, n° 09231 qui concernait des tracts contenant « des imputations graves et injurieuses à l'égard du gérant de la société ainsi que des affirmations visant à dénigrer cette société auprès de sa clientèle »

¹²⁸⁴ Voir B. Bossu, préc.

conséquence de priver le salarié de toute indemnité. En « économisant » ainsi l'indemnité de licenciement et les indemnités compensatrices de préavis et de congés payés, l'employeur peut espérer réparer le préjudice subi, qui, dans les cas que nous avons pu évoquer, n'aurait certainement pas été indemnisé par des sommes importantes.

La violation de l'obligation de discrétion ou du secret professionnel est susceptible, en revanche, de causer un préjudice important à l'entreprise. Une action en réparation peut donc conduire au versement de dommages et intérêts conséquents. Dans la mesure où ces obligations sont des obligations professionnelles qui perdurent malgré la suspension du contrat de travail, l'employeur est habilité à en sanctionner le non-respect, sur le terrain disciplinaire¹²⁸⁵, ou contractuel. Cette faculté n'est pas contestée et pourtant, les auteurs qui ont évoqué la question n'ont jamais précisé que la preuve d'une faute lourde devait être rapportée¹²⁸⁶. Si cela peut se comprendre s'agissant de la violation du secret professionnel qui constitue une infraction pénale et permet à l'employeur victime de se constituer partie civile¹²⁸⁷, dans le cas de l'obligation de discrétion, il s'agit bien de sanctionner civilement le manquement à une obligation professionnelle, la faute lourde est donc indispensable.

Il semble, alors, que le débat se soit déplacé sur le terrain délictuel. Dans ce cas la faute lourde n'est plus exigée pour engager la responsabilité civile du salarié titulaire de mandat. Cette action ne concerne pourtant que des fautes qui

¹²⁸⁵ Cf *supra* section 1

¹²⁸⁶ M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009 ; A. Teissier, « L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction », *JCP* 2003, éd. E, n° 662, p. 746 ; B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 5^{ème} éd., 2009

¹²⁸⁷ C. trav. art. L. 2325-5 et L. 2143-21

ne relèvent pas d'une violation des obligations contractuelles. Or, il s'avère que sont sanctionnées sur le fondement de l'article 1382 du Code civil d'authentiques fautes contractuelles. Il existe alors un véritable problème de limitation des domaines respectifs des deux types de responsabilité avec une tendance à l'élargissement de la responsabilité délictuelle.

B. La responsabilité civile délictuelle

C'est souvent sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que les juges sanctionnent les fautes commises par les représentants du personnel. Si cela se justifie pleinement lorsque ce sont les autres salariés de l'entreprise qui agissent en dédommagement¹²⁸⁸, la solution est plus surprenante dans un contentieux opposant les titulaires de mandat à l'employeur.

Ainsi, c'est bien en visant le Code civil que, le 19 mai 1976, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la condamnation d'un délégué syndical à verser 1000 francs de dommages et intérêts à son employeur pour avoir apposé, sur les panneaux de l'entreprise, des affiches injurieuses pour la direction¹²⁸⁹. C'est sur ce même fondement que la chambre sociale a approuvée la condamnation à 200 francs de dommages et intérêts d'un autre délégué syndical ayant organisé une réunion d'information de l'ensemble du personnel à l'intérieur de l'usine pendant les heures de travail¹²⁹⁰. Ces fautes, sont des fautes disciplinaires qui permettent à l'employeur de sanctionner le salarié, nous l'avons vu, soit par une mise à pied, soit, en cas de réitération, par un

¹²⁸⁸ Voir par exemple à propos d'une action de salariés non-grévistes qui, empêchés de travailler et privés de leur salaire peuvent obtenir réparation de leur préjudice auprès des salariés grévistes, au premier rang desquels se trouvent les représentants du personnel : Cass.soc. 8 décembre 1983, n° 81-14238, *Bull. V*, n° 598 et *JCP* 1984, éd G, II, n° 20220, note J. Le Calonnec et J. Bedoura

¹²⁸⁹ Cass. soc. 19 mai 1976, n° 74-13344, *Bull. V*, n° 289

¹²⁹⁰ Cass. soc. 13 novembre 1974, n° 73-40513, *Bull. V*, n° 542

licenciement. Le dédommagement ne peut alors logiquement s'obtenir que sur le terrain contractuel, qui exige que la preuve d'une faute lourde soit rapportée. Placer le débat sur le terrain délictuel, est non seulement une erreur juridique, mais engendre également des conséquences défavorables pour le titulaire de mandat, qui ne bénéficie par de la protection légitime à laquelle il a droit. Il ne s'agit donc pas que d'un détail technique.

Et pourtant, la même approche est retenue s'agissant des fautes commises lors d'un conflit collectif. C'est toujours l'article 1382 qui figure dans les visas des arrêts de la Cour de cassation. La question de la responsabilité des représentants du personnel pour des faits de grève a d'ailleurs donné lieu à d'importantes discussions.

En 1982, la majorité parlementaire avait adopté un texte prévoyant qu'« aucune sanction ne peut être intentée à l'encontre de salariés, représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation des dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical. Ces dispositions sont applicables aux procédures en cours, y compris devant la Cour de cassation ». Cet article fut déféré au Conseil constitutionnel qui l'a déclaré non conforme à la constitution¹²⁹¹. Le Conseil considère en effet que le législateur ne peut « même pour réaliser les objectifs qui sont les siens, dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs, qui peuvent par

¹²⁹¹ Cons. const. 22 octobre 1982, n° 82-144 DC, *D.* 1983, jp, p. 189 note F. Luchaire et *Dr. soc.* 1983, p. 155 note L. Hamon

ailleurs être des salariés, des représentants du personnel ou des organisations syndicales, à l'égalité devant la loi et les charges publiques ». Il s'oppose donc à un système d'irresponsabilité totale¹²⁹².

Ce texte aurait eu pour effet de laisser sans aucune espèce de réparation de la part de leurs auteurs les dommages causés par des fautes, même graves, à l'occasion d'un conflit du travail, dès lors que ces dommages auraient pu se rattacher, fût-ce de façon très indirecte, à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical et qu'ils ne procédaient pas d'une infraction pénale¹²⁹³.

En sanctionnant ce texte, le conseil constitutionnel reconnaît donc la possibilité d'engager la responsabilité civile des représentants du personnel pour des faits fautifs commis à l'occasion de l'exercice du droit de grève ou du droit syndical. Mais la haute juridiction laisse sans réponse la question de la nature, et surtout de l'importance, de la faute requise afin d'engager la responsabilité.

Nous avons vu que, pour pouvoir sanctionner disciplinairement un salarié gréviste, l'employeur était tenu de caractériser une faute lourde. La question se pose donc légitimement de savoir si la même faute est exigée pour engager la responsabilité délictuelle d'un salarié gréviste et plus particulièrement d'un représentant du personnel. Les règles de la responsabilité civile délictuelle sont telles qu'elles permettent l'indemnisation de toute faute même légère. Mais cela suppose que la faute commise ne puisse pas être rattachée à la violation d'une obligation contractuelle. Ce n'est qu'à cette condition que le régime général de la responsabilité civile délictuelle peut trouver à s'appliquer. Dans le cas contraire c'est la responsabilité civile contractuelle, et elle seule, qui doit servir de fondement.

¹²⁹² Georges Dury, « La responsabilité civile des délégués syndicaux », *Dr. soc.* 1984, p. 69

¹²⁹³ Cons. Const., préc.

Cette question ne semble pas avoir suscité beaucoup d'intérêt en doctrine, à l'exception, notable, du professeur Ray, qui n'a pas manqué de faire part de son étonnement¹²⁹⁴. Il relève ainsi que « certes, les fautes en cause n'interviennent pas dans le cadre de l'exécution normale du contrat : les actes de violence ou de destruction sont par exemple détachable de celui-ci. Mais l'explication de la suspension du contrat nous apparaît doublement contestable ; 1° Ce n'est pas le contrat lui-même qui est suspendu : c'est l'exécution de celui-ci (cf : obligation de confidentialité). 2° Si l'on passe d'une grève à un mouvement illicite, le contrat n'est plus suspendu : il s'agit d'une inexécution fautive de celui-ci ». Ce que le professeur Ray expose, nous l'avons nous-mêmes détaillé précédemment : même lorsque le contrat de travail est suspendu, certaines obligations professionnelles demeurent à la charge des salariés. Et si c'est à ces obligations que le salarié manque, la responsabilité ne peut être que disciplinaire ou contractuelle. Et pourtant, la Cour de cassation vise bien l'article 1382 du Code civil.

En pratique très peu de décisions sont rendues concernant la responsabilité civile des représentants du personnel grévistes ; mais en tout état de cause, aucune n'exige l'existence d'une faute lourde. Les formules divergent et pourtant la Cour de cassation semble accorder un soin particulier à ne pas qualifier explicitement la faute qui permet d'engager la responsabilité civile des grévistes. S'agissant de faits intervenus pendant un mouvement licite, elle évoque des « fautes en relation avec les dommages allégués, telles que incitations à des dégradations ou appropriations de matériels, à des violences ou à des entraves à la liberté du travail »¹²⁹⁵, des « actes illicites »¹²⁹⁶, des « actes

¹²⁹⁴ Voir notamment « Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève. Évolution jurisprudentielle et légale (1988-1991) », *Dr. soc.* 1991, p. 768, préc. note 139

¹²⁹⁵ Cass. soc. 9 novembre 1982, *société Dubigeon-Normandie*, n° 80-16929, *Bull. V*, n° 615

fautifs »¹²⁹⁷, des « fautes de nature à engager la responsabilité »¹²⁹⁸. Parfois même la Cour se contente de décrire les faits fautifs : « bloquer les accès d'un supermarché »¹²⁹⁹. Par ailleurs, participer à un mouvement illicite est une faute qui justifie l'exercice d'une action en responsabilité civile¹³⁰⁰.

Si la Cour de cassation ne qualifie pas expressément ces faits de faute lourde, on ne peut manquer de noter qu'en pratique ceux-ci sont de même nature que ceux qui permettent l'exercice de sanctions disciplinaires et pourraient donc être qualifiés de faute lourde : blocage de l'accès à l'entreprise¹³⁰¹, obstacle au chargement de camions¹³⁰², entrave à la liberté du travail¹³⁰³, barrages et piquets de grève¹³⁰⁴.

Cela signifie t-il qu'en pratique l'employeur n'assigne les salariés et les représentants du personnel que lorsqu'il pense avoir des fautes particulièrement graves à reprocher, ou que des faits d'une particulière gravité sont effectivement requis pour pouvoir engager leurs responsabilité civile ?

Un éclaircissement sur ce point serait le bienvenu

§3. Le remboursement des heures de délégation

Depuis 1982, le Code du travail dispose que le temps de délégation est « de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale. L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation

¹²⁹⁶ Cass. soc. 19 décembre 1990, n° 89-14576, *Bull. V*, n° 698 et Cass. soc. 23 juin 1988, n° 86-12327

¹²⁹⁷ Cass. soc. 30 janvier 1991, n° 89-17332, *Bull. V*, n° 40

¹²⁹⁸ Cass. soc. 8 décembre 1983, n° 80-14322, *Bull. V*, n° 602

¹²⁹⁹ Cass. soc. 26 juillet 1984, n° 82-14355, *Bull. V*, n° 331

¹³⁰⁰ « Ce mouvement était fautif et obligeait ceux qui y avaient participé à réparer les conséquences dommageables pour l'entreprise de l'arrêt de production » : Cass. soc. 30 mai 1989, n° 86-16765, *Bull. V*, n° 405

¹³⁰¹ Cass. soc. 26 juillet 1984, préc

¹³⁰² Cass. soc. 23 juin 1988, préc.

¹³⁰³ Cass. soc. 19 décembre 1990, préc

¹³⁰⁴ Cass. soc. 30 janvier 1991, préc.

saisit le juge judiciaire »¹³⁰⁵. La formulation (unique) des textes est claire : l'employeur doit, même s'il conteste l'utilisation faite des heures prises, régler l'intégralité des sommes en cause si elles se situent à l'intérieur du contingent légal ou conventionnel.

Lorsque le chef d'entreprise désire contester (après avoir payé) l'utilisation de certaines heures de délégation, il doit auparavant demander au titulaire de mandat des explications. Cette demande peut se faire par simple lettre. Si cette démarche est infructueuse, une sollicitation au moyen d'un courrier recommandé avec avis de réception peut être envisagée. Mais l'employeur a la possibilité de saisir directement le conseil de prud'hommes compétent, d'abord en référé afin d'obtenir des précisions sur les activités exercées, puis une seconde instance en remboursement devra être engagée devant les juges du fond.

Depuis le 21 novembre 1990, la chambre sociale décide en effet que « l'employeur a l'obligation de payer à l'échéance normale le temps alloué pour l'exercice de leurs fonctions représentatives aux représentants du personnel ; que si cette obligation ne dispense pas les bénéficiaires de ce versement de préciser à la demande de l'employeur les activités exercées pendant leur temps de délégation, ce dernier conserve la charge d'établir devant les juges du fond, à l'appui de sa contestation, la non-conformité de l'utilisation de ce temps avec l'objet du mandat représentatif ; qu'il s'en suit que l'employeur, qui saisit les juges du fond d'une action en remboursement d'heures de délégation prétendument mal utilisées, doit avoir demandé à l'intéressé, fût-ce par voie judiciaire, l'indication de leur utilisation »¹³⁰⁶.

¹³⁰⁵ C. trav. art. L. 2325-7 ; L. 4614-6 ; L. 2143-17 ; L.2315-3

¹³⁰⁶ Cass. soc. 21 novembre 1990, n° 87-40699, *Bull. V*, n° 585

Au représentant l'allégation d'une utilisation conforme, à l'employeur la charge de la preuve inverse.

Cette action n'a pour seul objet que le remboursement par le titulaire de mandat des heures de délégation utilisées de manière non conforme au mandat. Elle ne constitue pas une sanction, notamment pécuniaire et donc illégale à l'égard du représentant¹³⁰⁷. Elle serait, selon certains auteurs une action en répétition de l'indu¹³⁰⁸.

§4. Le licenciement non disciplinaire

Sur le terrain contractuel mais sans que la finalité de l'action soit la réparation du préjudice, il est possible d'envisager un licenciement non disciplinaire en raison des répercussions des abus sur le fonctionnement de l'entreprise.

Le du 4 juillet 2005¹³⁰⁹, le Conseil d'État a posé comme principe que « dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte ou un comportement du salarié survenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail, notamment dans le cadre de l'exercice de ses fonctions représentatives, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu

¹³⁰⁷ Cass. soc. 23 janvier 1990, n° 86-43817, *Bull. V*, n° 21

¹³⁰⁸ En ce sens : J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd, 2008, n° 927

¹³⁰⁹ CE 4 juillet 2005, n° 272193

égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé ». Les comportements en question ne peuvent être qualifiés de fautifs (il est donc exclu que l'employeur use de son pouvoir disciplinaire), ils peuvent cependant justifier un licenciement.

La prise en compte des conséquences du comportement du salarié sur la marche de l'entreprise rappelle la jurisprudence de la Cour de cassation sur la vie personnelle. Depuis l'arrêt *Painsecq*¹³¹⁰, concernant le sacristain de Saint-Nicolas-du-Chardonnet, un licenciement non disciplinaire peut intervenir lorsqu'un fait tiré de la vie personnelle d'un salarié occasionne un trouble objectif et caractérisé dans l'entreprise compte tenu de la nature des fonctions du salarié et de la finalité de l'entreprise. Par la suite, certaines décisions ont créé la confusion en associant la constatation de ce trouble à la reconnaissance d'une faute grave¹³¹¹. Le point de vue du président Sargos sur cette « doctrine » du trouble caractérisé établissant automatiquement la faute disciplinaire de son auteur mérite attention. Celui-ci écrivait en effet que « c'est en réalité l'obligation de loyauté pesant sur le salarié, même en dehors de la relation de travail *stricto sensu*, qui lui fait un devoir de ne pas causer de trouble caractérisé au sein de l'entreprise ». Pour l'auteur de ces lignes, il serait tout à fait artificiel d'analyser de façon autonome les licenciements pour trouble caractérisé en les dissociant des licenciements disciplinaires. Le constat du trouble caractérisé établirait automatiquement la faute de son auteur. Le rattachement du trouble causé à l'entreprise à l'obligation de loyauté est intéressant, dans la mesure où il s'agit précisément du fondement au pouvoir disciplinaire de l'employeur que nous avons pu dégager précédemment. Cependant, une telle conception particulièrement large du devoir de loyauté, paraît en contradiction avec la

¹³¹⁰ Cass. soc. 17 avril 1991, n° 90-42636, *Bull. V*, n° 201

¹³¹¹ Cass. soc. 3 décembre 2002, n° 00-44321, *Bull. V*, n° 361 ; Cass. soc. 25 janvier 2006, n° 04-44918, *Bull. V*, n° 26

jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. En effet, l'arrêt de la chambre mixte du 18 mai 2007¹³¹², indique, dans un attendu particulièrement limpide, qu' : « un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu ». Il ne s'agit donc plus de se fonder sur le comportement du salarié mais sur ses conséquences.

Si les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État semblent désormais s'accorder¹³¹³, la suite donnée à l'arrêt de 2005 demeure incertaine. Dans une décision du 13 juillet 2007¹³¹⁴, la cour administrative d'appel de Versailles a reconnu qu'un salarié qui utilisait frauduleusement son crédit d'heures à des fins non conformes avait commis une faute justifiant son licenciement. Les juridictions sont donc plutôt tentées de rattacher, parfois artificiellement, les faits à l'exécution du contrat de travail afin de pouvoir se placer sur le terrain disciplinaire. Le recours à cette procédure est surprenant car l'entreprise est suffisamment protégée par la possibilité de licencier pour motif personnel non disciplinaire.

Par ailleurs, l'identification d'un authentique trouble permettant de licencier le salarié protégé peut poser problème. Il n'y a, à notre connaissance, aucune décision qui le reconnaisse. Car si l'arrêt du 4 juillet 2005 admet cette possibilité de licenciement pour cause de répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, elle refuse néanmoins en pratique le licenciement du trésorier du comité d'entreprise au motif que les faits qui lui sont reprochés (refus réitéré de remettre les documents comptables aux nouveaux membres du comité) « n'ont

¹³¹² Cass. ch. Mixte 18 mai 2007, n° 05-40803, *Bull. ch. mixte*, n° 3

¹³¹³ Cass. ch. Mixte 18 mai 2007, préc., et CE 4 juillet 2005, préc. ; également CE 2 juillet 2008, n° 309647 pour les salariés ordinaires de la SNCF

¹³¹⁴ CAA Versailles 13 juillet 2007, n° 05VE02252

eu pour effet que de différer l'expertise comptable décidée par le comité que de quelques semaines et n'auraient pas eu pour but de dissimuler des détournements de fond qu'aurait opérés l'intéressé ». Dans ces conditions, le comportement du salarié ne pouvait être regardé comme rendant impossible son maintien dans l'entreprise.

Mais, même dans l'hypothèse où un détournement de fond aurait été caractérisé, ce dernier aurait été effectué au détriment du comité d'entreprise et pas de la société elle-même. Il n'est donc pas certain que le Conseil d'État aurait, dans ce cas, autorisé le licenciement du salarié.

Concernant l'utilisation des heures de délégation, les mêmes difficultés se posent. L'abus dans leur utilisation est-il de nature à causer un trouble dans l'entreprise ? La situation est, dans ce cas, légèrement différente de celle d'un membre du comité d'entreprise qui détourne l'argent de son institution. Dans cette dernière hypothèse, le seul lien qui peut rattacher ce comportement à l'entreprise elle-même est la subvention versée par l'employeur et dont ce dernier pourrait se plaindre qu'elle est mal utilisée. Mais on voit bien que l'intérêt à agir du chef d'entreprise est très discutable, dans la mesure où, une fois cette subvention versée, le comité est seul maître de sa gestion et de son utilisation¹³¹⁵. Dans le cas de l'utilisation des heures de délégation, on peut admettre plus aisément que leur mauvaise utilisation concerne l'employeur puisque la loi assimile ces heures à du temps de travail et permet au chef d'entreprise de contester leur usage¹³¹⁶. Dans ces conditions, des absences injustifiées peuvent avoir une répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise¹³¹⁷. Rien ne s'oppose donc, en théorie, à ce que l'employeur agisse

¹³¹⁵ Pour de plus amples développements sur ce sujet, cf *supra* Titre I

¹³¹⁶ C. trav. art. L. 2325-7 pour le comité d'entreprise ; L. 2143-17 pour les délégués syndicaux ; L. 4614-6 pour le CHSCT ; L. 2315-3 pour les délégués du personnel

¹³¹⁷ De même que des déplacements ou des réunions injustifiés

en la matière. Cependant, comme nous avons déjà pu le noter, la voie disciplinaire est généralement privilégiée.

§5. Le retrait du mandat

Cette sanction, qui a pour finalité d'écarter le représentant qui ne donne pas satisfaction, est réservée aux salariés eux-mêmes ou aux organisations syndicales. Pour l'employeur, en revanche, l'unique façon d'obtenir « l'élimination » du titulaire de mandat est de le priver de son contrat de travail et donc de le licencier¹³¹⁸.

S'agissant tout d'abord des délégués du personnel ou des élus du comité d'entreprise, ils sont révocables en cours de mandat sur proposition faite par l'organisation syndicale qui les a présentés, et approuvée au scrutin secret par la majorité du collège auquel ils appartiennent¹³¹⁹.

Il semble que cette possibilité concerne essentiellement les cas où le représentant en question change d'étiquette syndicale. La révocation n'est donc pas prévue, ou à tout le moins perçue, comme une sanction¹³²⁰. Néanmoins, rien ne l'interdit juridiquement. Mais il n'est pas certain que les syndicats se jugent investis de la mission de sanctionner un délégué du personnel ou un membre du comité d'entreprise qui aurait mal exercé sa mission. Il y a très peu de jurisprudence sur ces questions et les rares arrêts concernent des questions

¹³¹⁸ Cf *supra* section 1

¹³¹⁹ C. trav. art. L. 2314-29 et L. 2324-27

¹³²⁰ Le retrait du mandat par le mandant ne constitue, en tout état de cause, pas une sanction disciplinaire : Cass. soc. 25 octobre 2005, n° 04-16089, *Bull. V*, n° 304

pratiques d'organisation du scrutin¹³²¹. Elles ne nous sont donc d'aucune aide afin d'apprécier les fondements de ces révocations.

Dans le cas particulier des délégués syndicaux, les organisations syndicales peuvent décider de les démettre de leurs fonctions¹³²². Dans ce cas, l'avis des salariés de l'entreprise n'est pas requis, la révocation suit la même procédure que la nomination.

À l'instar des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, il semble, à la lecture de la rare jurisprudence en la matière, que la cessation du mandat intervienne essentiellement pour des raisons d'affinité et de sensibilité syndicale. De même, les quelques décisions rendues traitent davantage des modalités techniques de la révocation que du fond. Ainsi cet arrêt de la chambre sociale du 16 décembre 2009 qui décide que « si, en principe, seul le syndicat ayant désigné un délégué syndical peut procéder à sa révocation, il en est autrement lorsque, en présence d'un conflit avec un autre syndicat affilié à la même organisation syndicale, cette dernière a, en application de ses statuts, tranché le conflit en attribuant compétence à cet autre syndicat »¹³²³.

Le conflit opposait en l'espèce deux syndicats de la métallurgie affiliés à la confédération française démocratique du travail (CFDT). Le syndicat CFDT métallurgie sidérurgie Nord Lorraine avait créé dans une entreprise une section syndicale. Le syndicat CFDT métallurgie Moselle avait, quant à lui, créé une section syndicale dans une autre entreprise et y avait également désigné un délégué syndical. À la suite de l'absorption de la première de ces entreprises par

¹³²¹ Cass. soc. 6 juillet 1977, n° 77-60514, *Bull. V*, n° 462 ; Cass. soc. 2 juillet 1980, n° 80-60021, *Bull. V*, n° 585 ; Cass. soc. 18 juillet 1978, n° 78-60593, *Bull. V*, n° 589

¹³²² C. trav. art. L. 2143-7

¹³²³ Cass. soc. 16 décembre 2009, n° 09-60118

la seconde, les sections syndicales créées par les deux syndicats se sont regroupées en une seule¹³²⁴.

Les deux syndicats se sont toutefois opposés quant à la personne du délégué syndical. Les syndicats affiliés à la même confédération syndicale représentative au plan national ne peuvent désigner ensemble dans la même entreprise ou établissement un nombre de délégués excédant le nombre prévu par le code du travail pour une organisation. Or, le syndicat Moselle entendait maintenir le mandat du salarié qu'il avait désigné préalablement à l'absorption tandis que le syndicat Nord Lorraine souhaitait le remplacer par un salarié désigné par ses soins.

On le voit, le retrait du mandat n'est pas utilisé comme un outil de sanction et, en tout état de cause, l'initiative en revient toujours aux organisations syndicales, ce qui en réduit considérablement l'efficacité. Les salariés mécontents de l'action de leurs représentants sont dépendants de la décision des syndicats ou sont contraints d'attendre les élections pour faire entendre leurs voix.

Section 3 : La sanction pénale

La question de l'identification du responsable pénal présente un intérêt nouveau depuis que la loi du 9 mars 2004¹³²⁵ a supprimé le principe de spécialité d'après lequel la responsabilité des personnes morales ne pouvait être recherchée que dans les cas prévus par la loi ou les règlements. Désormais, ces

¹³²⁴ Cette fusion résulte directement du principe de l'unicité de la représentation syndicale qui interdit aux syndicats affiliés à la même organisation de constituer au sein de l'entreprise des sections syndicales différentes

¹³²⁵ Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

dernières peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour toute infraction¹³²⁶.

§1. Les personnes physiques

Parmi les nombreux comportements fautifs des représentants du personnel que nous avons pu dégager, certains sont susceptibles de qualification pénale. La majorité d'entre eux est commise lors de conflits collectifs¹³²⁷, mais il arrive également que d'autres soient constatés hors de ce cadre.

Lors d'une grève, diverses infractions peuvent être commises par les représentants du personnel¹³²⁸. Les auteurs encourent souvent des peines assez lourdes. Ainsi, l'entrave à la liberté du travail est punie d'un an d'emprisonnement et de quinze mille euros d'amende lorsqu'elle est exercée à l'aide de menace et de trois ans d'emprisonnement ainsi que quarante cinq mille euros d'amende si elle est exercée d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations¹³²⁹. L'auteur de séquestration encourt, quant à lui, vingt ans de réclusion criminelle, peine à laquelle se substitue, le cas échéant, un emprisonnement de cinq années ainsi qu'une amende de soixante-quinze mille euros lorsque la personne détenue a été libérée volontairement avant le septième jour accompli¹³³⁰. Les atteintes aux biens sont pareillement passibles de peines d'emprisonnement et d'amendes

¹³²⁶ C. pén. art. 121-2

¹³²⁷ Sur cette question voir notamment : M-C. Rouault et F. Duquesne, « La répression des comportements violents dans l'entreprise en grève », *Dr. soc.* 2009, p. 1091

¹³²⁸ Cf *supra* Titre 1

¹³²⁹ C. pén. art. 431-1

¹³³⁰ C. pén. art. 224-1

pouvant aller de deux ans et trente mille euros d'amende¹³³¹ à dix ans et cent cinquante mille euros d'amende¹³³². S'agissant enfin des violences, les peines encourues dépendent de la gravité des blessures infligées à la victime¹³³³.

Dans les faits, les tribunaux n'hésitent pas à prononcer des peines relativement lourdes¹³³⁴. Il est certain que la médiatisation des actions se retourne contre les auteurs en ce qu'elle encourage le recours au juge¹³³⁵ et peut constituer également un moyen de preuve des infractions commises.

La coïncidence de certains événements peut conduire à un concours d'incrimination. Ainsi, par exemple, la séquestration de cadres et de salariés, qui peut être identifiée à une voie de fait, tombe sous le coup du délit d'entrave à la liberté du travail aggravée¹³³⁶. Cette situation doit être traitée sous le régime du concours réel d'infraction¹³³⁷. Alors, « chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du

¹³³¹ C. pén. art. 322-1 : destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes.

¹³³² C. pén. art. 322-6 : destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes.

La menace d'une telle destruction est également réprimée : C. pén. art. 322-12

¹³³³ C. pén. art. 222-7 et suivants

¹³³⁴ Cass. crim. 21 septembre 2004, n° 04-80555 : 4 mois d'emprisonnement pour violences aggravées et dégradation de biens appartenant à autrui ; Cass. crim. 15 février 1994, n° 92-85568 : 10 mois d'emprisonnement avec sursis et 12000 francs d'amende pour coups ou violences volontaires commis avec arme et préméditation ; cass. crim. 23 avril 2003, n° 02-84375, *Bull. crim.* n° 84 : 2 mois d'emprisonnement avec sursis et 200 000 francs CFP d'amende pour complicité d'entrave à la liberté du travail ; Cass. crim. 20 décembre 2000, n° 00-82391 : 2 mois d'emprisonnement avec sursis pour séquestration arbitraire ; Cass. crim. 21 septembre 2004, n° 04-80556 : 6 mois d'emprisonnement avec sursis pour violences aggravées

¹³³⁵ M-C. Rouault et F. Duquesne (préc.) relèvent qu'il est difficile d'imaginer que la mise à sac d'une préfecture sous l'œil des caméras demeure sans réponse

¹³³⁶ C. pén. art. 431-1

¹³³⁷ En ce sens, F. Duquesne, « De l'atteinte à la liberté d'aller et venir dans l'entreprise en grève » *JCP* 2009, éd S, n° 40, p.15

En effet, pour la Cour de cassation, une action unique peut réaliser deux infractions, si les infractions ne sont pas inconciliables entre elles et sanctionnent la violation d'intérêts distincts. Si donc l'élément moral n'est pas rigoureusement identique dans les qualifications en présence, les juges sont en droit de les retenir toutes et de prononcer plusieurs déclarations de culpabilité.

maximum légal le plus élevé. Chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles»¹³³⁸.

D'autres infractions peuvent être commises en dehors des conflits collectifs du travail.

Tout d'abord le délit spécifique d'entrave à la constitution ou au fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Nous avons pu déterminer que celui-ci pouvait être le fait d'un membre du comité qui engage une dépense n'ayant pas été approuvée par la majorité des membres de l'institution¹³³⁹. L'auteur encourt un an d'emprisonnement et trois mille sept cent cinquante euros d'amende¹³⁴⁰. Dans l'affaire précitée, le secrétaire du comité avait été condamné à une simple amende de deux mille cinq cents francs.

Les publications injurieuses ou diffamatoires sont susceptibles également d'être poursuivies sur le terrain pénal. Des délégués du personnel peuvent ainsi être condamnés pour diffamation non publique pour avoir dénoncé, dans un écrit diffusé par voie d'affichage, des faits de harcèlement sexuel dans l'entreprise¹³⁴¹. En revanche, aucune présomption légale de responsabilité n'existe contre un délégué syndical pour des faits se rattachant à l'activité de la section syndicale dont il est membre, et notamment en cas de publication d'un tract diffamatoire, œuvre de la section¹³⁴².

Enfin, dans une hypothèse bien particulière, la chambre criminelle a approuvé les juges du fond ayant condamné pour escroquerie un délégué

¹³³⁸ C. pén. art. 132-3

¹³³⁹ Cass. crim. 4 novembre 1988, n° 87-91705, *Bull. crim.* n° 374

¹³⁴⁰ C. trav. art. L. 2328-1 pour le comité d'entreprise

¹³⁴¹ Cass. *crim.* 3 avril 2002, n° 01-86730, inédit

¹³⁴² Cass. crim. 3 juin 1982, n° 80-93590, *Bull. crim.*, n° 143

syndical, par ailleurs membre du comité d'entreprise, qui avait établi un bon de délégation fallacieux et ainsi obtenu le paiement des heures. Elle constatait que « l'abus de qualité vraie, de nature à imprimer l'apparence de la sincérité à des déclarations mensongères, à commander la confiance de la victime et à la persuader de l'existence d'un crédit imaginaire constitue une manœuvre frauduleuse au sens de l'article 405 du Code pénal »¹³⁴³.

§2. Les personnes morales

La responsabilité des auteurs, personnes physiques n'exclut pas celle de l'institution elle-même, personne morale. En effet, depuis la loi du 9 mars 2004, les personnes morales peuvent voir leur responsabilité pénale recherchée pour toute infraction. L'article L. 121-2 du Code pénal exige pour cela la réunion de deux conditions : que l'infraction ait été commise par un organe ou un représentant de la personne morale et qu'elle l'ait été pour le compte de celle-ci. Ces dispositions sont susceptibles de concerner, en l'occurrence, le syndicat et le comité d'entreprise.

A. Une infraction commise par un organe ou un représentant du groupement

1. Le syndicat

En France, c'est la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels qui attribue la personnalité morale à ces derniers et leur confère, en conséquence, pouvoirs et responsabilités.

L'assemblée générale, et surtout les dirigeants désignés par les statuts, assurent le fonctionnement du syndicat et répondent donc à la qualification

¹³⁴³ Cass. crim. 8 juillet 1986, n° 85-90088, *Bull. V*, n° 232

d'organe susceptible d'engager la responsabilité de leur organisation. Dans ce but, et en suivant un raisonnement comparable à celui tenu pour l'engagement de la responsabilité civile du syndicat¹³⁴⁴, le dirigeant devra avoir lui-même participé aux faits fautifs ou fourni des instructions en vue de la réalisation de ceux-ci. Pour notre étude, cette hypothèse ne présente que peu d'intérêt car, hormis le cas où il serait également organe du syndicat, le représentant du personnel n'est pas concerné.

Le syndicat ne pourra donc voir sa responsabilité engagée, en l'occurrence, que par un de ses représentants tel que le désigne l'article 121-2 du code pénal. Cette qualité ne peut être retenue pour les élus, même s'ils sont adhérents du groupement ou même s'ils ont été présentés aux élections par un syndicat. En revanche, les délégués syndicaux peuvent être identifiés à des représentants de ce dernier. C'est d'ailleurs sur la pratique de la représentation que repose la définition de la mission des syndicalistes au sein de l'entreprise et de l'établissement¹³⁴⁵, ou auprès de l'employeur¹³⁴⁶. Or, une telle définition correspond assez bien à la conception fonctionnelle de la représentation que privilégie le juge criminel en matière de responsabilité des groupements¹³⁴⁷. Le délégué syndical détient une fraction du pouvoir d'agir au nom du syndicat dans un périmètre délimité par la loi. Il reçoit, à cet effet, mandat d'un organe dirigeant du groupement.

¹³⁴⁴ Voir par exemple Cass. soc. 30 janvier 1991, n° 89-17332, *Bull. V*, n° 40 ; Cass. soc. 26 juillet 1984, n° 82-14355, *Bull. V*, n° 331 ; Cass. soc. 29 janvier 2003, n° 00-22290, inédit

¹³⁴⁵ C. trav. art. L. 2142-1-1

¹³⁴⁶ C. trav. art. L. 2143-3 al. 1^{er}

¹³⁴⁷ Le juge criminel adopte une vision assez large de la représentation en matière de responsabilité des groupements : parfois il suffit qu'une responsabilité particulière soit confiée pour l'accomplissement d'une tâche déterminée : v. Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85109, *Dr. soc.* 2009, p. 1171, observations F. Duquesne

2. Le comité d'entreprise et ses instances dérivées

Si la reconnaissance de la personnalité juridique du syndicat ne pose plus de difficulté depuis longtemps, celle du comité d'entreprise et, surtout, celle de ses instances dérivées demeure en question. Elle se révèle néanmoins déterminante puisqu'il s'agit d'un préalable nécessaire à la reconnaissance de la responsabilité du groupement professionnel.

« Le comité d'entreprise est doté de la personnalité civile et gère son patrimoine »¹³⁴⁸. Cette disposition figurait à l'origine dans un décret relatif aux pouvoirs du comité d'entreprise en matière sociale et renvoyait à l'article 2 de l'ordonnance du 22 février 1945 qui concernait essentiellement ces attributions. Mais la jurisprudence avait fini par estimer que la personnalité morale s'étendait à toutes les activités du comité¹³⁴⁹. Cette solution des tribunaux a été consacrée par le législateur.

Ce dernier a également suivi la jurisprudence sur un second point. On s'était demandé si la personnalité juridique devait être accordée au comité d'établissement, alors que la loi ne l'envisageait pas expressément. Dans une décision célèbre, la Cour de cassation a répondu positivement à cette question¹³⁵⁰. Par la suite, la solution a été étendue au comité de groupe¹³⁵¹. Aujourd'hui, l'article L. 2327-18 dispose que « les comités d'établissement sont dotés de la personnalité civile ». L'article L. 2327-12 prévoit la même formule pour le comité central d'entreprise. Enfin, les comités interentreprises sont

¹³⁴⁸ C. trav. art. L. 2325-1

¹³⁴⁹ Cass. crim. 4 janvier 1979, n° 77-93761, *Bull. crim.* n° 6 et *Dr. ouvr.* 1979, p. 459 ; CA Reims 3 avril 1973, *Dr. soc.* 1974, p. 110, Observations J. Savatier

¹³⁵⁰ Cass. civ. 2^{ème} 28 janvier 1954, n° 54-07081, *Bull. II*, n° 32, *D.* 1954, p. 217, Note G. Levasseur et *Dr. soc.* 1954, p.161, observations P. Durand

¹³⁵¹ Cass. soc. 23 janvier 1990, n° 86-14947, *Bull. V*, n° 20, *Dr. soc.* 1990, p. 322, Note J. Savatier

également dotés de la personnalité juridique dans la mesure nécessaire à l'objet qui leur est assigné¹³⁵².

En tant que personne morale le comité d'entreprise peut donc être poursuivi lorsque l'infraction a été commise par ses organes ou ses représentants. La notion d'organe visée par le Code pénal renvoie à la structure dont cette instance est dotée en vertu de ses statuts ou de la loi. Le président, le secrétaire, le trésorier, le bureau ou les commissions du comité peuvent répondre à cette qualification et sont d'ailleurs présentés comme tels par certains auteurs¹³⁵³. En outre, tout autre membre ou structure du comité qui serait investi par délégation d'une partie des pouvoirs de l'institution pourrait se voir reconnaître la qualité de représentant et engager, par ces actes, le comité.

Ainsi, dans le cas d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise prenant la forme de détournements¹³⁵⁴, si ces manœuvres étaient effectuées par le secrétaire ou le trésorier au bénéfice du comité, ce dernier pourrait être poursuivi. Par ailleurs, les personnes morales pouvant être condamnées non seulement comme auteur principal, mais également comme complice, il est possible d'imaginer une condamnation à ce titre du comité si le trésorier détourne les fonds de l'institution au su et avec l'appui de celle-ci.

B. Une infraction commise pour le compte du groupement

L'article L. 121-2 du Code pénal impose que l'infraction ait été commise « pour le compte » de la personne morale. Cette expression légale, non définie, se rapporte à « l'intérêt pour la personne morale de la consommation de

¹³⁵² C. trav. art. R. 2323-33

¹³⁵³ M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009

¹³⁵⁴ Cf *supra*

l'infraction »¹³⁵⁵. Cette dernière serait donc susceptible d'entraîner un profit pour le groupement. Les auteurs s'accordent pour donner un sens large à cette expression¹³⁵⁶. Ainsi, il peut s'agir d'obtenir un gain ou un profit financier, de la réalisation d'une économie ou de la préservation d'une perte. Cet intérêt peut, en outre, être direct ou indirect, matériel ou intellectuel.

Sa nature variera, en fait, en fonction du type d'infraction en cause.

1. Le profit matériel

Le professeur Coeuret¹³⁵⁷ évoque, dans ce cas, l'idée de « faute lucrative », la commission de l'infraction ayant permis au groupement de réaliser un profit ou, à défaut, une économie. Cette approche objective correspond bien aux infractions à la réglementation sur l'hygiène et la sécurité ayant entraîné un accident du travail ou à celles de travail illégal.

Dans le contexte de notre étude, l'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise prenant la forme de détournements¹³⁵⁸ pourrait être imputée au comité d'entreprise si ce dernier en bénéficie d'une manière ou d'une autre. Il peut pareillement être poursuivi pour tout délit « financier » lié au budget dont il dispose¹³⁵⁹ ou toute autre infraction liée à son statut d'employeur¹³⁶⁰.

¹³⁵⁵ A. Coeuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd. 2008

¹³⁵⁶ A. Coeuret, préc ; R. Bernardini, « Personnes morales », *Rép. Pén. Dalloz*

¹³⁵⁷ Préc.

¹³⁵⁸ Cf *supra*

¹³⁵⁹ Détournements, abus de confiance, ...

¹³⁶⁰ Travail dissimulé, prêt illicite de main d'œuvre, ...

2. Le profit moral

Pour les autres infractions une approche plus subjective s'impose¹³⁶¹. Ainsi, par exemple la définition de l'incrimination de séquestration ne fournit aucun élément permettant d'identifier l'intérêt du groupement professionnel à qui pourrait être imputée l'infraction¹³⁶². Il faudrait, comme le suggère le professeur Duquesne¹³⁶³, soit admettre que la condition légale se trouve satisfaite lorsque le syndicat entretient des rapports conflictuels avec un autre groupement dont les membres, pour cette raison, font l'objet de représailles¹³⁶⁴, soit considérer que c'est dans l'acquisition d'une meilleure reconnaissance, traduisant l'influence ainsi que l'audience du groupement que se situe le profit retiré de l'infraction. Serait-il alors possible d'admettre que les agissements illicites en temps de grève sont le moyen de défendre, parfois contre leur gré, l'intérêt des membres de la profession¹³⁶⁵ ? La solution n'est, à l'heure actuelle, pas éclaircie, mais, en aucun cas, la poursuite de cet intérêt ne pourrait constituer une justification de l'acte illicite.

C. Les peines

Le principe de la personnalité des peines ne s'oppose nullement au prononcé de sanctions à l'encontre des personnes morales. Aussi, la responsabilité pénale de ces sujets de droit entraîne-t-elle des sanctions particulières prévues aux articles 131-37 à 131-44 du Code pénal.

¹³⁶¹ A. Coeuret, préc. : pour la discrimination par exemple la notion de profit est peu pertinente

¹³⁶² Sur cette question : F. Duquesne « De l'atteinte à la liberté d'aller et venir dans l'entreprise en grève », préc.

¹³⁶³ Préc.

¹³⁶⁴ Il serait alors question de l'intérêt égoïste du groupement professionnel et non de celui, plus altruiste, que celui-ci a vocation à défendre en application de ses statuts

¹³⁶⁵ La poursuite de l'intérêt collectif sous-tendrait aussi la commission d'infractions en la personne des responsables statutaires, voire des adhérents ou représentants du syndicat

L'amende est systématiquement encourue pour chaque infraction et revêt ainsi le caractère de peine principale. Son taux maximum est fixé par l'article 131-38 du Code pénal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques en répression de la même infraction.

Le placement sous surveillance judiciaire est possible ainsi que l'interdiction d'émettre, pour une durée de cinq ans au plus, des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés, ou encore d'utiliser des cartes de paiement¹³⁶⁶.

En revanche, la dissolution, prévue au 1° de l'article 131-39 n'est pas applicable aux syndicats ou aux institutions représentatives du personnel¹³⁶⁷.

Tous les représentants du personnel, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales, peuvent faire l'objet de sanctions. La nature de ces dernières varie selon l'identité de celui qui les réclame et le but qu'il poursuit. Les plus efficaces tendent à priver, directement ou indirectement, les institutions de leurs prérogatives. Et, dans cette optique, c'est encore l'employeur qui dispose des moyens les plus étendus.

¹³⁶⁶ C. pén. art. 131-39 7°

¹³⁶⁷ C. pén. art. 131-39 dernier alinéa

CONCLUSION

L'analyse des prérogatives des institutions représentatives du personnel nous a conduit à identifier quelques pouvoirs. Ceux-ci sont, pour l'essentiel, concentrés entre les mains du comité d'entreprise. Dans ces hypothèses, les attributions de ce dernier sont de même nature que celles de l'employeur et la responsabilité qui en découle est également identique. Le contrôle du pouvoir dans l'entreprise est donc le même quel que soit le titulaire de celui-ci.

Hormis ces cas assez exceptionnels, les représentants du personnel n'interviennent pas dans le processus décisionnel et dans la gestion de l'entreprise. Mais leurs fonctions n'en sont pas pour autant négligeables. Leurs attributions, en réalité, sont ailleurs.

Les institutions du personnel sont au service des salariés dont elles représentent et défendent les intérêts. La qualification de droit-fonction répond alors parfaitement à l'idée de prérogatives au service d'autrui.

Cet aspect de leur mission conduit nécessairement à leur refuser une immunité totale.

Étant dépourvues de réelle influence sur la marche économique de l'entreprise, les institutions du personnel ne peuvent être exposées à une responsabilité semblable à celle qu'encourt l'employeur qui, seul, a la capacité d'arrêter d'authentiques décisions sur ces questions.

C'est donc essentiellement à l'aune de la finalité de leurs attributions que l'on peut envisager de sanctionner les représentants du personnel. L'abus de droit constitue alors un premier fondement très efficace.

En outre, la particularité du droit-fonction est qu'il renferme un devoir d'agir. Le manquement à cette obligation peut alors également constituer un motif d'action en responsabilité.

Ainsi, et contrairement à ce que l'on pouvait imaginer ou supposer, la responsabilité ne découle pas nécessairement et uniquement du pouvoir. La reconnaissance de droits-fonctions ne met pas ses titulaires à l'abri de poursuites.

La représentation du personnel dépasse donc le simple mandat représentatif, comme le décrivait Franck Petit. Elle s'apparente davantage à un mandat impératif.

Cela se comprend et se justifie.

Le refus de la reconnaissance de véritables pouvoirs, tel le pouvoir réglementaire en vue de l'élaboration du règlement intérieur, ou encore, par exemple, celui d'arrêter un chantier en cas de danger, s'explique essentiellement par un souci d'immunité. Or, il n'est plus concevable, aujourd'hui, d'étendre les prérogatives des représentants du personnel sans contrepartie.

Tout d'abord, le statut dont les titulaires de mandat disposent est souvent identifié à un avantage professionnel par les travailleurs dits non protégés. La différence de traitement, en cas de changement des conditions de travail, par exemple, n'est pas toujours bien comprise et acceptée. Une totale immunité dans l'exercice des fonctions, sous couvert de l'absence d'authentiques pouvoirs, devient alors inacceptable.

Certes, l'évolution de la notion de représentativité et l'importance accrue de la mesure de l'audience au premier tour des élections professionnelles rendra la sanction électorale plus forte. Mais cela n'est pas suffisant.

En outre, il serait aussi envisageable de s'inspirer de l'approche adoptée en ces domaines par d'autres systèmes juridiques et, en particulier, de l'orientation observée en droit européen où se trouvent souvent liées l'idée de participation et la pratique de la négociation collective. C'est alors un résultat qui est recherché dans l'action des institutions du personnel. La vision française pourra-t-elle longtemps échapper à cette évolution ?

Dans l'attente, l'appréhension des prérogatives des représentants du personnel en termes de droits-fonctions permet d'envisager un véritable régime de responsabilité, cohérent et efficace.

BIBLIOGRAPHIE

THESES, MEMOIRES, RAPPORTS ET ENQUETES

P. BATHMANABANE, *L'abus du droit syndical*, LGDJ, 1993

J-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail : essai d'une théorie générale*, Sirey, 1980

G. BORENFREUND, *Le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, Thèse, Paris X, 1987

T. BRILL VENKATASAMY, *La responsabilité civile des syndicats et de leurs représentants en cas de conflit du travail*, Thèse, Strasbourg, 1991

J. CAYEUX, *Le statut des délégués du personnel*, thèse, Nancy, 1939

A.FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, thèse, Paris X-Nanterre, 2006

E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Économica, 1985

M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, 2002

G. LACHAISE, *La responsabilité civile des syndicats, de leurs représentants et des représentants du personnel*, Thèse, Bordeaux 1, 1982

E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008

H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise- Essai sur le droit d'entreprise*, Thèse, Rennes 1, 1986

P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir – essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004

F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000

C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, 1997

M. ROBITAILLIE, *Théorie de l'abus de droit et contrat de travail*, Mémoire de DEA, Nancy, 2003

G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961

A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Thèse, Paris II, 1997

Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989

Ch. VARIN, *Le comité d'entreprise considéré dans ses activités sociales et culturelles*, Thèse, Grenoble, 1998

TRAITES ET OUVRAGES

D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, 2003

H. AMBLARD, P. BERNOUD, G. HERREROS, Y-F. LIVIAN, *Les nouvelles approches sociologiques des organisations*, Seuil, 1996

J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 12^{ème} éd, 2008

- J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003
- L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2^{ème} éd, 1998
- N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz, 1980
- A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd., 2008
- A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINÉ, *Droit du travail*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010
- M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 6^{ème} éd., 2004
- J-B. COTIN, *Le CHSCT, portrait d'une institution représentative du personnel*, Lamy, 2007
- P. COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, LGDJ, 1969
- G. COUTURIER, *Traité de droit du travail*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001
- M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 21^{ème} éd., 2008
- J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- P. DOCKES, *Pouvoir et autorité en économie*, Economica, 1999
- C. EISENMAN, *Cours de droit administratif*, Tome 2, LGDJ, 1982
- L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, Fac. Droit Liège, 1974
- J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, PUR, 2002

J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994

R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, 1888

L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1939

J-P. JUES, *La grève en France*, coll. Que sais-je, PUF, 1998

R. LATOURNERIE, *Le droit français de la grève : étude théorique et pratique*, Sirey, 1972

J. LE GOFF, *Droit du travail et société – 2. Les relations collectives de travail*, PUR, 2002,

A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006

Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^{ème} éd., 2008

F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000

A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat, 6^{ème} éd., 2008

M-L. MORIN, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles*, Dalloz, 2009

J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008

J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008

Ph. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988

J-E. RAY, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*, Librairies techniques, 1985

J-E. RAY, *Droit du travail, Droit vivant*, éd Liaisons, 17^{ème} éd., 2008

P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, réédition Dalloz 2005

H. ROSE, Y. STRUILLLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 3^{ème} éd., 2007

J. SAVATIER, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, éd Liaisons, 1992

H. SINAY et J-C. JAVILLIER, *La grève*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1984

B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000

Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007

Ph. SUET, *Comités d'entreprise, délégués du personnel et délégués syndicaux : désignation, fonctionnement pratique*, Litec, 6^{ème} éd., 1987

F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009

F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd, 2009

B. TEYSSIÉ, *Droit du travail – Relations collectives*, 5^{ème} édition, 2009

D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2008

M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, Arch. Philosophie du droit, 1964

G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1995

B. WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, t. 1, 8^{ème} éd., 1900

ARTICLES ET CHRONIQUES

K. ADOM, « Le pouvoir disciplinaire et l'action syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1997, p. 10

S. ALTER, « Le personnel du comité d'entreprise », *RPDS* avril 1979, p. 111

Ph. ARDANT, « L'organisation de réunions politiques par les comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1976, p. 377

R. BAILLOD, et J. DERRUPPE, « L'information des administrateurs de sociétés anonymes », *RTD com.* 1990, p. 1

C. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *Petites affiches*, 9 novembre 2000

G. BÉLIER, « L'assistance du comité d'entreprise par un expert-comptable en cas de licenciement économique », *Dr. soc.* 1988, p. 158

J-M. BÉRAUD, « Le rôle des délégués en cours de grève », *Dr. soc.* 1988, p. 666

J-M. BÉRAUD, « L'influence de la suspension du contrat de travail sur les relations institutionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1980, p. 151

J-M. BÉRAUD, « Le juge et le pouvoir patronal », *SSL* 11 février 2008, n° 1340, p. 79

A. BERNARD, « La grève, quelle responsabilité ? », *Dr. soc.* 1986, p. 635

M-F. BIED-CHARRETON, « L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise », *Dr. ouvr.* 1995, p. 56

H. BLAISE, « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 02/96, p. 68

J-P. BONAFÉ-SCHMITT, « L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles », *Dr. soc.* 1981, p. 637

V. BONNIN, « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouvr.* 1998, p. 340

A. BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. Soc* 1991, p. 685

P. BOUAZIZ, « Les temps de la saisine pour avis du comité », *Dr. ouvr.* 1995, p. 48

B. BOUBLI, « L'établissement distinct : une notion fonctionnelle et relative », *JSL*, 22 mars 2005, n°164, p. 4

J-P. BOUÈRE, « L'information du conseil d'administration », *JCP* 1992, éd. E, I, n° 190

B. BOSSU, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc.* 1995, p. 26

B. BOSSU, « L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés », *Dr. soc.* 1998, p. 127

B. BOULOC, « Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales. », *Rev. Sociétés* 1993. 291 et s

N. CATALA, « Les salariés protégés face aux manifestations du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire de l'employeur autres que le licenciement », in *Études offertes à G-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1977

Y. CHALARON, « Réflexions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, 1974

Y. CHALARON, « Réflexions critiques sur la vision judiciaire de l'établissement distinct », *Dr. soc.* 1982, p. 209

- Y. CHALARON, « La conduite de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 584
- Y. CHALARON, « A propos de l'établissement », in *Mélanges en l'honneur de Jean PELISSIER*, Dalloz, 2004
- J-P. CHAUCHARD, « Les accords de fin de conflit », *Dr. soc.* 1982, p. 678
- P. CHAUMETTE, « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le droit de retrait du salarié », *Dr. soc.* 1983, p. 425
- A.COEURET, « Délégués du personnel / délégués syndicaux – Où est la frontière entre leurs attributions respectives ? », *SSL* 4 septembre 2006, n° 1272, p. 6
- A.COEURET et F. DUQUESNE, « Une année d'évolutions jurisprudentielles », *SSL* 17 février 2003, n° 1110, p. 6
- A.COEURET et F. DUQUESNE, « Amiante et "mise en danger" », *RJS* 7/08, p. 591
- D. COHEN, « Le droit à... », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999
- M. COHEN, « La mission générale de représentation du délégué syndical », *RPDS*, 1971, n° 309, p. 5
- M. COHEN, « Les nouvelles innovations introduites dans la législation sur les représentants du personnel », *Dr. ouvr.* 1983, p. 1
- M. COHEN, « La personnalité civile du comité de groupe », *Dr.soc.* 1983, p. 670
- M. COHEN, « Les experts du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1984, p. 281
- M. COHEN, « Le rôle des représentants du personnel dans les procédures relatives aux difficultés des entreprises », *Dr. ouvr.* 1985
- M. COHEN, « Trésorerie et comptabilité du comité d'entreprise », *RPDS* 1989, p. 251

M. COHEN, « Comment le comité d'entreprise peut se défendre en justice », *RPDS* 1989, p. 266

M. COHEN, « Désignation et investigations de l'expert-comptable du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1993, p. 286

M. COHEN, « Le recours au juge des référés pour faire suspendre une décision irrégulière de l'employeur », *RPDS* 1998, p. 283

M. COHEN, « Les nouvelles attributions des comités d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002, p. 298

M. COHEN, « Les attributions économiques des comités d'entreprise depuis la loi sur les régulations économiques », *Dr. ouvr.* 2002, p. 55

J-B. COTIN, « La notion d'établissement distinct », *JCP* 2003, éd E, p. 987

G. COUTURIER, « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière », *Dr. soc.* 1983, p. 26

G. COUTURIER, « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* 1988, p.407

G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, PUF, 1992

G. COUTURIER, « La faute lourde du salarié », *Dr. soc.* 1991, p. 105

G. COUTURIER, « Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques. », *Rev. Sociétés* 1993. 307 et s.

G. COUTURIER, « Licenciements et sanctions pour faits de grève », in *Études en hommage à Madame le professeur Hélène SINAY*, 1994

M. DEL SOL, « La délégation unique du personnel : portée d'une réforme », *Dr. soc.* 1995, p. 153

M. DELMAS-MARTY, « Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale. », *Rev. Sociétés* 1993. 301 et s.

- J. DEPREZ, « Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 05/92, p. 319
- J. DEPREZ, « Droit commun des obligations et spécificité du régime de responsabilité civile du salarié dans la jurisprudence sociale », *RJS* 01/93, p. 3
- B. DESJARDINS, « La notion d'établissement en droit du travail », *RJS* 4/93, p. 215
- C. DESSET et M. PETIT, « Les réunions mensuelles dans l'entreprise », *RPDS* 1975, p. 133
- E. DOCKÈS, « La finalité des grèves en question », *Dr. soc.* 2006, p. 1
- E. DOCKÈS, « Pouvoir patronal et démocratie », *SSL* 11 février 2008, n° 1340, p. 85
- L. DRAI, « La réservation des informations de salariés », *Dr. soc.* 2005, p. 181
- H. DUCROS, « Violation de domicile et contrat de travail : un lieu de travail peut-il constituer le domicile visé par l'article 184 du code pénal », *Dr. ouvr.* 1988, p.1
- J-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988, p. 371
- G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1975
- J. DUPUY, « L'information du personnel par le comité d'entreprise », *D.* 1983, chron., p. 57
- F. DUQUESNE, « Représentants du personnel : contrat de travail et exercice du mandat », *RJS* 7/02, p. 603
- F. DUQUESNE, « Régime de la mise à pied du salarié protégé gréviste », *Dr. soc.* 2003, p. 177

F. DUQUESNE, « Les contours de la mission d'assistance du délégué du personnel », *Dr. soc.* 2003, p. 631

F. DUQUESNE, « Entrave à la liberté du travail et réparation du préjudice économique de l'employeur », *Dr. soc.* 2003, p. 994

F. DUQUESNE, « Sur l'entrave pour défaut de consultation du comité d'entreprise et du CHSCT », *Dr. soc.* 2005, p. 856

F. DUQUESNE, « La constitution de partie civile du CHSCT en cas de délits d'homicides et de blessures involontaires », *Dr. soc.* 2006, p. 43

F. DUQUESNE, « Contours du droit à l'information des délégués du personnel », *Dr. soc.* 2006, p. 1017

F. DUQUESNE, « L'assistance de l'employeur aux réunions mensuelles des délégués du personnel », *Dr. soc.* 2008, p. 100

F. DUQUESNE, « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr. soc.* 2008, p. 1084

F. DUQUESNE, « Entrave ou simple trouble porté à l'activité professionnelle ? », *Dr. soc.* 2008, p. 1260

F. DUQUESNE, « De l'atteinte à la liberté d'aller et venir dans l'entreprise en grève », *JCP* 2009, éd S, n° 40, p.15

P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective », *RTD civ.* 1939, p. 353

P. DURAND, « Les problèmes posés par la protection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1950, p. 401

G. DURY, « La responsabilité civile des délégués syndicaux », *Dr. soc.* 1984, p. 69

M-C. ESCANDE-VARNIOL, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS* 4/00, p. 260

- P. FERRARI, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1975
- B. FOUSSAT, « Responsabilité civile et pénale du comité d'entreprise », *SSL* 20 mars 1995, n° 736
- G. FRIEDEL, « Les représentants du personnel dans la grève », in *Études offertes à G.H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1977
- N. FRICERO, « Regards sur l'impartialité du juge prud'homal », *SSL* 2008, suppl. au n° 1352, p. 35
- J. FROSSARD, « La contestation par l'employeur de l'usage des heures de délégation », *RJS* 3/91, p.155
- S. FROSSARD, « Les objets soustraits au pouvoir », *SSL* 11 février 2008, n° 1340, p. 47
- B. GAURIAU, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 184
- S. GAY HERRERO et E. TERRADILLOS ORMAETXEA, « Représentation et participation des salariés à la gestion de l'entreprise en Espagne », *SSL* 15 avril 2002, n° 1071, p. 90
- M. GIACOPELLI-MORI, « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Rev. sc. crim.*, Juillet 2000, p. 542
- O. GODARD, « Les responsabilités en cas de danger grave et imminent », *JCP* 1983, éd. G, II, n° 14215
- O. GODARD, « Droit pénal du travail », *JCP* 1987, éd. E, I, n° 16746
- J. GOINEAU, « La responsabilité civile des grévistes et des syndicats », *Dr. soc.* 1988, p. 702
- S. GRÉVISSE, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 884

J. GRINSNIR, « Les nouvelles dispositions relatives aux CHSCT », *Dr. ouvr.* 1992

T. GRUMBACH, « La prud'homie face aux enjeux du procès équitable », *Dr. ouvr.* 2004, p. 114

Y. GUYON, « Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ? », *Rev. sociétés* 1993. 235 et s

L. HAMON, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Dr. soc.* 1982, p.155

F. HAMON et A. LEVY, « La responsabilité pénale des personnes morales et ses incidences sur la situation des organismes représentatifs du personnel », *Dr. ouvr.* 1994, p.62

F.HÉAS, « Les représentants du personnel et la question de la santé au travail », *SSL*, n° 1196, 27 décembre 2004, p. 5

M. JACEK, « L'offensive actuelle contre le droit de grève et, en particulier, la mise en cause de la responsabilité civile des syndicats », *Dr. ouvr.* 1980, p. 227

A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *SSL*, 11 février 2008, n° 1340, p. 15

M. JEANTIN, « Le représentant des salariés », *Dr. soc.* 1986, p. 664

D. JOURDAN, « L'utilisation de la subvention de fonctionnement du CE », *TPS* février 1998, p. 6

M. KELLER et T. GRUMBACH, « Sur l'impartialité de la juridiction prud'homale ...encore ? », *Dr. soc.* 2006, p. 52

M. KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économique », *Dr. soc.* 2006, p. 861

J-Y. KERBOURC'H, « Mise à pied d'un représentant du personnel et intangibilité du mandat », *RJS* 7/04, p. 535

Ph. LANGLOIS, « le pouvoir d'organisation et les contrats de travail », *Dr. soc.* 1982, p. 83

R. LASSERRE, « La cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation », *Regards sur l'économie allemande*, n° 72, juillet 2005

R. LATOURNERIE, « L'interprétation des textes assurant la protection des représentants du personnel dans les entreprises », *D.* 1975, chron, p. 103

A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », in *Mélanges offerts à Marcel WALINE*, LGDJ, 1974

A. LAVAGNE, « Œuvres sociales des comités d'entreprise. Responsabilité du comité d'entreprise », *RD sanit. soc.* 1982, p. 176

J-P. LE CROM, « Le comité d'entreprise, une institution sociale instable », in *L'enfance des comités d'entreprise* (Actes du colloque des 22-23 mai 1996), Roubaix, Centre des archives du monde du travail, p. 173

O. LECLERC, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Dr. soc.* 2005, p. 173

J-P. LEROY, « Les séances du comité d'entreprise », *RPDS* 1989, p. 232

A. LYON-CAEN, « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », *Dr. soc.* 1984, p. 438

G. LYON-CAEN, « Les principes généraux du droit du travail, in *Études offertes à G-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1977

G. LYON-CAEN, « La recherche des responsabilités dans les conflits du travail », *D.* 1979, chron, p. 255

G. LYON-CAEN, « À la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001

L. MARQUET de VASSELOT, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJS* 9-10/00, p. 607

- Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilité », *Dr.soc.*, 2000, p. 941
- D. MAYER, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *D.* 1998, chron., p. 256
- H. MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929, p. 551
- J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.* 1988, p. 405
- M-F. MIALON, « Information, consultation et négociation peuvent-elles conduire à engager la responsabilité civile des organes représentatifs du personnel ? », *Dr.soc.* 1986, p.94
- G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p. 216
- M-A. MOREAU, « À propos de "l'affaire Renault" », *Dr. soc.* 1997, p. 493
- M-A. MOREAU, « Pour une politique de santé dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2002, p. 817
- P. MORVAN, « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 2000, p. 987
- J. MOULY, « Disciplinaire, donc non contractuel », *Dr. soc.* 2003, p. 395
- P. MOUSSY, « La perception par le juge administratif de l'exercice normal des fonctions représentatives », *Dr. ouvr.* 1990, p. 42
- U. MUCKENBERGER, « La société européenne et le droit allemand de cogestion salariale », *SSL* 15 avril 2002, n° 1071, p. 96
- N. NOTAT, « À propos de l'accord Axa. Pour une nouvelle relation salariés-syndicats », *Dr. soc.* 1991, p. 93
- T. OUARDIA, « Les libertés publiques sont-elles compatibles avec la notion d'abus de droit ? », *Dr. ouvr.* 1995, p. 536

J. PÉLISSIER, « Réflexions à propos de la suspension du contrat », in *Etudes de droit du travail offertes à André BRUN*, 1974

J. PÉLISSIER, « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981

J. PÉLISSIER, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvr.* 1997, p. 496

F. PETIT, « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », *Dr. soc.* 2002, p. 1073

M. PETIT, « L'usage normal du droit de grève et la jurisprudence », *Dr. ouvr.* 1976, p. 379

G. PICCA, « Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité », *Dr. soc.* 1988, p. 426

A. PIROVANO, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron, p. 189

G. POISSONNIER et J-Ph. RICOIT, « Garanties de l'impartialité de la juridiction prud'homale », *TPS* 2004, chron., p. 9

M. PUECH, « L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle obligatoire dans les entreprises », *Dr. soc.* 1984, p. 49

R. de QUENAUDON, « Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé », *Dr. soc.* 1981, p. 401

C. RADÉ, « Droit social et responsabilité civile », *Dr. soc.* 1995, p. 495

A. RAMIN, « Exercice du droit de grève et responsabilité civile », *Dr. soc.* 1980, p. 537

J-E. RAY, « Le contrôle de l'utilisation des heures de délégation », *Dr. soc.* 1986, p. 757

J-E. RAY, « La responsabilité civile du syndicat et de ses délégués à l'occasion d'un conflit du travail », *Dr. soc.* 1987, p. 426

J-E. RAY, « 1988-1991 : un nouveau droit jurisprudentiel de la grève », *Dr. soc.* 1991, p. 715

J-E. RAY, « Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève. Évolution jurisprudentielle et légale (1988-1991), *Dr. soc.* 1991, p. 768

J-E. RAY, « Temps professionnel et temps personnels », *Dr. soc.* 2004, p. 58

J-L. REY, « Les décisions de l'administration du travail en matière de mise en place, renouvellement ou suppression des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 1991, p. 430

J. RIVERO, « Droit du travail et droit administratif », *Dr. Soc.* 1960, p. 609

L. ROCHE, « Le conseiller du salarié : une institution complexe », *Dr. soc.* 1994, p. 11

M-C. ROUAULT et F. DUQUESNE, « Salariés protégés. Contours des régimes de protection contre le licenciement par renvoi à l'article L. 412-18 du Code du travail », *RJS* 5/08, p. 391

M-C. ROUAULT et F. DUQUESNE, « La répression des comportements violents dans l'entreprise en grève », *Dr. soc.* 2009, p. 1091

P. ROUBIER, « L'arrêt des Chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie de la responsabilité civile », *JCP* 1942, I, n° 257

Ph. ROZEC, « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et la prévention des risques professionnels », *JCP* 2006, éd. S, n° 1981

Ph. SALVAGE, « La compétence générale du délégué syndical », *Dr.soc.* 1976, p. 396

Ph. SALVAGE, « Les attributions du délégué syndical en cas de grève », *Dr.soc.* 1986, p.624

F. SARAMITO, « L'affichage syndical dans les entreprises », *Dr. ouvr.* 1973, p. 365

F. SARAMITO « La diffusion des publications et tracts de nature syndicale à l'intérieur des entreprises », *Dr. ouvr.* 1975, p.115

F. SARAMITO, « Les domaines respectifs de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle en droit du travail », *Dr. ouvr.* 1987, p. 77

J. SAVATIER, « La séquestration de cadres de l'entreprise par des grévistes », *Dr. soc.* 1973, p. 376

J. SAVATIER, « Les activités politiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1977, p. 231

J. SAVATIER, « La responsabilité des syndicats à l'occasion des grèves », *Dr. soc.* 1980, p. 545

J. SAVATIER, « L'irrecevabilité de l'action civile exercée par l'employeur devant les tribunaux répressifs pour entrave à la liberté du travail », *Dr. soc.* 1981, p. 147

J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.* 1982, p. 1

J. SAVATIER, « Première jurisprudence de la Cour de cassation sur le nouveau droit syndical », *Dr. soc.* 1984, p. 77

J. SAVATIER, « L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1985, p. 111

J. SAVATIER, « La répression d'actes de violence commis au cours d'un grève : l'affaire Citroën », *Dr. soc.* 1986, p. 228

J. SAVATIER, « Vote du président et pouvoirs de la majorité dans les délibérations du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 206

J. SAVATIER, « L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ? », *Dr. soc.* 1990, p. 154

J. SAVATIER, « Décisions unilatérales de l'employeur à défaut d'un accord collectif prévu par la loi », *Dr. soc.* 1990, p. 316

J. SAVATIER, « L'action en justice d'un comité de groupe en contestation de la cession d'une filiale », *Dr. soc.* 1990, p. 322

J. SAVATIER, « La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel », *Dr. soc.* 1991, p. 40

J. SAVATIER, « Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : établissement ou entreprise ? », *Dr. soc.* 1991, p. 696

J. SAVATIER, « Les attributions des délégués du personnel », *Dr. soc.* 1993, p. 746

J. SAVATIER, « Conditions de la responsabilité civile d'un comité d'entreprise pour ses activités sociales », *Dr. soc.* 1994, p. 789

J. SAVATIER, « L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise », *Dr. soc.* 1995, p. 43

J. SAVATIER, « La décision d'un comité d'entreprise de se retirer d'un comité interentreprise : modalités de vote et notification aux parties intéressées », *Dr. soc.* 1995, p. 261

J. SAVATIER, « La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde », *Dr. soc.* 1995, p. 651

J. SAVATIER, « La mise en place de la délégation unique du personnel dans les entreprises de moins de 200 salariés », *RJS* 2/96, p. 63

J. SAVATIER, « Etablissement et entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? » in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, 2002

H. SEILLAN « La délégation de pouvoirs en droit du travail », *JCP* 1985, éd. E, II, n° 14428

- L. SERFATI-APTER et P. LAFARGE, « Le représentant des salariés de la loi du 25 janvier 1985 », *Gaz. Pal.* 4 novembre 1986, doct., p. 657
- E. SERVERIN, « L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal », *Dr.soc.* 1994, p. 654
- H. SINAY, « Un tournant en droit du travail : Les arrêts Perrier », *D.* 1974, chron, p. 235
- H. SINAY, « La neutralisation du droit de grève », *Dr. soc.* 1980, p. 251
- R. SOUBIE, « L'obligation de négocier et sa sanction », *Dr. soc.* 1983, p. 55
- M-A. SOURIAC-ROTSCHILD, « Actualité et devenir de l'obligation de négocier », in *Études offertes à Jean PÉLISSIER*, Dalloz, 2004
- A. TEISSIER, « La loyauté du salarié absent pour maladie », *TPS* Janvier 2000, p. 4
- A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise dispose-t-il du monopole de l'information dans l'entreprise », *TPS* mai 2000, p. 6
- A. TEISSIER, « L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction », *JCP* 2003, éd. E, n° 662, p. 746
- A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », *RJS* 12/04, p. 863
- B. TEYSSIÉ, « Droit social, relations collectives de travail », *JCP* 1982, éd. E, I, n° 11126
- B. TEYSSIÉ, « Les représentants des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *JCP* 1986, éd G, I, p. 3239
- B. TEYSSIÉ, « Grève et responsabilité », *SSL* 1987, sup. n° 374
- B. TEYSSIÉ, « L'expert de gestion du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1994, p. 877

B. TEYSSIÉ, « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique », *JCP* 1996, éd. G, I, n° 3902

B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise. Aspects de droit du travail », *D.* 2004, p. 168

B. TEYSSIÉ, « La grève ou la tentation de l'illicite », in *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2006

J. TREILLARD, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, 1960, LGDJ, p. 83 et 86

R. VATINET, « La négociation au sein du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 675

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, p. 286

J-M. VERDIER, « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », *JCP* 1971, I, n° 2422

J-M. VERDIER, « La présence syndicale dans l'entreprise et la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 1983, p. 37

J-M. VERDIER, « La justification des heures de délégation : dérive jurisprudentielle et menaces sur la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1988, p. 713

J-M. VERDIER, « L'utilisation des heures de délégation (suite) : contestation prud'homale, abus de droit, entrave », *Dr. soc.* 1991, p. 300

J-M. VERDIER, « Représentants syndicaux : un droit positif encore chargé d'équivoques », *RJS* 12/99, p. 824

J-M. VERDIER, « Les représentants des salariés : "protégés" ou exposés ? Liberté fondamentale et logique du statut », in *Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004

M. VERICEL, « 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, p. 1153

P-Y. VERKINDT, « Maxime Leroy et la question syndicale », in *Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004

P-Y. VERKINDT, « Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité », *Dr. soc.* 2007, p. 697

P-Y. VERKINDT, « Le représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *Dr. soc.* 2009, p. 181

G. VINEY, « Responsabilité civile et relations collectives de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 416

G. VINEY, « L'exonération de responsabilité contractuelle d'EDF à raison des coupures de courant provoquées par des grèves de son personnel », *Dr. soc.* 1983, p. 627

Ph. WAQUET, « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », *RJS*, 3/95, p. 139

Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p. 23

G. WIEDERKEHR, « Grève et responsabilité civile », in *Études en hommage à Madame le professeur Hélène SINAY*, 1994

CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS

P-H. ANTONMATTÉI, Note sous Cass. Ass. plén. 8 décembre 2000, *RJS* 2/01, p. 95

E. AGOSTINI, Note sous civ. 1^{ère} 13 juillet 1982, *D.* 1983, jp, p. 225

J. AUDINET, Observations sous CA Aix 20 février 1969, *JCP* 1969, éd. G, II, n° 15992

G. BACHELIER, Conclusions sous CE 6 mars 2002, *RJS* 6/02, p. 517

H. BLAISE, Note sous Cass. soc. 17 avril 1991, *JCP* 1992, éd. G, II, n° 21856

B. BOUBLI, Note sous Cass. soc. 29 janvier 2003, *Gaz. Pal.* 2003, jp, p. 2006

D. BOULMIER, Note sous TGI Lyon 22 juillet 1999 et TGI Dijon, 30 septembre 1999, *Dr. ouvr.* 2000, p. 57

R. BOUYSSIC, Conclusions sous Cass. Ass. Plén. 4 juillet 1986, *Dr. soc.* 1986, p. 745

B. BOSSU, Observation sous Cass. Soc. 27 juin 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 1029

P. de CAIGNY, Conclusions sous Cass. Ass. plén. 8 décembre 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 126

F. CHABAS, Note sous Cons. Const. 22 octobre 1982, *Gaz. Pal.* 1983, jp, p. 60

A. CHIREZ, Note sous Civ. 1^{ère} 16 avril 1975, *D.* 1976, jp, p. 514

M. COHEN, Observations sous T. correct. Paris 13 février 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 1019

D. CORRIGNAN-CARSIN, Note sous Cass. Ass. plén. 23 juin 2006, *JCP* 2006, éd. G, II, n° 10149

G. COUTURIER, Observations sous Cass. soc. 31 mars 1998, *Dr. Soc.* 1998, p. 727

A. CRISTAU, Note sous Cass. Ass. plén. 8 décembre 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 126,

R. DESCOMPS, Conclusions sous CA Pau 30 juin 1970, *D.* 1970, jp, p. 550

H. DESPAX, Note sous Cass. soc. 18 octobre 2006, *JCP* 2007, éd. S, jp, n° 1201

E. DOCKÈS, Observations sous Cass. Ass. plén. 23 juin 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 936

D.H. DONTENWILLE, Conclusions sous Cass. Ass. plén. 29 mars 1991, *JCP* 1991, éd G, II, n° 21673

J-J. DUPEYROUX, Note sous Cass. soc. 11 février 1971, *D.* 1971, jp, p.375

F. DUQUESNE, Note sous Cass. Ass. plén. 8 décembre 2000, *JCP* 2001, éd G, II, n° 10498

F. DUQUESNE, Note sous Cass. soc. 29 janvier 2003, *JCP* 2003, éd E, II, n° 668

F. DUQUESNE, Observations sous Cass. crim. 23 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 994

F. DUQUESNE, Observations sous Cass. crim. 10 mai 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 936

F. DUQUESNE, Note sous Cass. soc. 7 juin 2006, *D.* 2006, jp, p. 2715

F. DUQUESNE, Note sous Cass. soc. 11 janvier 2007, *D.*2007, jp, p. 549

F. DUQUESNE, Observations sous Cass. crim., 23 juin 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 1171

P. DURAND, Note sous Tribunal civil de Nantes, 8 novembre 1949, *Dr. soc.* 1950, p. 32

P. DURAND, Observations sous Cass. civ. 2^{ème} 28 janvier 1954, *Dr. soc.* 1954, p.161

C. FOURCADE, Note sous Cass. soc. 13 septembre 2005, *JCP* 2005, éd. S, II, n° 1404

M. FOURNIER, Conclusions sous CE 26 octobre 1960, *Dr. soc.* 1961, p. 100

J-Y. FROUIN, Rapport sous Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 579

S. FROSSARD, Observations sous Cass. Soc. 19 février 2002, *D.* 2002, somm., p. 2093

M. GAUTHIER, Conclusions sous Cass. soc. 14 janvier 1981, *JCP* 1981, éd. G, II, n° 19663

M. GAUTHIER, Conclusions sous Cass. soc. 9 novembre 1982, *JCP* 1983, éd. G, II, n° 19995

F. GÉA, Note sous Cass. soc. 8 juillet 2009, *Rev. Dr. trav.* 2009, p. 584

J. GHESTIN, Observations sous Cass. Ass. plén. 29 mars 1991, *JCP* 1991, éd. G, II, n° 21673

F. GORÉ, Note sous T. com. Roubaix, 26 septembre 1956, *D.* 1957, p. 10

H. GROUTEL, Observations sous CA Rennes 5 juin 1972, *JCP* 1973, éd G, II, n° 17327

M-D. HAGELSTEEN, Conclusions sous CE 1^{er} juin 1979, *Dr. soc.* 1979, p. 369

L. HAMON, Note sous Cons. const. 22 octobre 1982, *Dr. soc.* 1983, p. 155

J. HAUSER, Observations sous Cass. Civ. 1^{ère} 25 octobre 1989, *JCP* 1990, éd. G, II, n° 21458

A. JEAMMAUD, Note sous Cass. soc 17 mai 1977, *D.* 1977, jp, p. 645

A. JEAMMAUD, Note sous CE 27 juin 1979, *D.* 1980, jp. p. 337

A. JEAMMAUD, Observations sous Cass. soc. 13 février 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 532

J-P. KARAQUILLO, Note sous TGI Nevers, 21 mars 1975, *D.* 1976, jp, p. 266

D. KESSLER, Conclusions sous CE 1^{er} avril 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 689

G. LAGARDE, Observations sous CA Douai, 11 juillet 1957, *D.* 1957, p. 715

Th. LAHALLE, Note sous Cass. soc. 18 octobre 2006, *JCP* 2006, éd S, jp, n° 1983

J. LARGUIER, Observations sous T. correct. Seine 2 novembre 1951, *JCP* 1952, éd. G, II, n° 6701

M-A. LATOURNERIE, Conclusions sous CE 27 juin 1979, *Dr. soc.* 1979, p. 420

M-C. LEBRETON, Note sous CA Grenoble 15 juin 1993, *D.* 1994, jp, p.239

M-C. LEBRETON, Note sous Cass. Civ. 1^{ère} 6 mars 1996, *D.* 1997, jp, p. 93

G. LEVASSEUR, Note sous Cass. civ. 2^{ème} 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217

J. LE CALONNEC et J. BEDOURA, Observations sous Cass. soc 8 décembre 1983, *JCP* 1984, éd. G, II, n° 20220

G. LOISEAU, Note sous Cass. ch. mixte 18 mai 2007, *JCP* 2007, éd G, II, n° 10129

F. LUCHAIRE, Note sous Cons. const. 22 octobre 1982, *D.* 1983, jp, p. 189

A.LYON-CAEN, Observations sous TGI Nanterre 4 avril 1997 et CA Versailles 7 mai 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 504

G. LYON-CAEN, Note sous Cass. Ass. Plén. 4 juillet 1986, *Dr. soc.* 1986, p. 745

J-P. MACHELON, Observations sous CE 5 mai 1976, *JCP* 1976, éd G, II, n° 18429

C. MAUGÜÉ, Conclusions sous CE 3 octobre 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 159

C. MAUGÜÉ, Conclusions sous CE 27 mars 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 938

Y. MAYAUD, Note sous Cass. crim. 15 mai 1987, *D.* 1989, som., p. 208

F. MODERNE, Observations sous CE 9 octobre 1987, *JCP* 1988, éd. G, II, n° 20964

J. MOULY, Note sous Cass. Civ 2^{ème} 22 mai 1995, *JCP* 1995, éd. G, II, n° 22550

J. MOULY, Note sous Cass. soc. 18 mai 2007, *D.* 2007, jp, p. 2137

J. PÉLISSIER, observations sous. Cass. soc. 14 février 1980, *D.* 1980, IR, p. 554

J. PÉLISSIER Note sous Cass. Ass. plén. 8 décembre 2000, *D.* 2001, p. 1125

Ph. PETEL, Note sous CA Paris 3 mai 1989, *JCP* 1989, éd. E, II, n° 15623

F. PETIT, Note sous CA Paris, 22 février 2000, *D.* 2001, jp, p. 1206

F. PETIT, Note sous Cass. soc. 19 février 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 1073

M. PLANIOL, Note sous CA Bourges 19 juin 1894, *D.* 1894, p. 441

W. RABINOVITCH, Note sous TGI Paris 26 juin 1973, *D.* 1974, jp, p. 185

C. RADÉ, Observations sous Cass. soc. 13 novembre 1996, *Dr. soc.* 1997, p. 368

C. RADÉ, Observations sous Cass. soc. 26 mai 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 773

C. RADÉ, Observations sous Cass. soc. 15 février 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 577

J-E. RAY, Note sous Cass. soc. 2 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 696

J-E. RAY, Note sous Cass. soc. 16 novembre 1993, *Dr. soc.* 1994, p. 35

J-E. RAY, Observations sous Cass. soc. 25 janvier 2005, *SSL* 2005, supp. n° 1225, p. 9

Y. ROBINEAU, Conclusions sous CE 27 novembre 1981, *Dr. soc.* 1982, p. 231

Y. ROBINEAU, Conclusions sous CE 13 novembre 1987, *Dr. soc.* 1988, p.190

L. SAINFEL et G. TANGUY, Observations sous Cass. soc. 25 janvier 2005, *Dr. Soc.* 2005, p. 705

Y. SAINT-JOURS, Note sous CA Versailles 26 avril 1989, *D.* 1989, jp, p. 386

J. SAVATIER, Observations sous CA Orléans, 25 mai 1967, *JCP* 1968, II, 15321

J. SAVATIER, Note sous Cass. soc. 8 février 1972, *D.* 1972, jp, p. 656

J. SAVATIER, Observations sous Cass. soc 28 juin 1972 et 11 octobre 1972, *Dr. soc.* 1973, p.304

J. SAVATIER, Observations sous CA Reims 3 avril 1973, *Dr. soc.* 1974

J. SAVATIER, Observations sous Cass. soc 13 novembre 1974, *Dr. soc.* 1975, p. 266

J. SAVATIER, Observations sous CA paris 14 décembre 1976, *Dr. soc.* 1977, p. 231

J. SAVATIER, Note sous Cass. soc. 9 novembre 1982, *Dr. soc.* 1983, p. 175

J. SAVATIER, Note sous Cass. soc. 23 janvier 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 322

J. SAVATIER, Observations sous CA Grenoble 15 juin 1993 et Civ. 1^{ère} 16 mars 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 789

J. SAVATIER, Note sous Cass. soc. 25 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 261

J. SAVATIER, Observations sous Cass. soc. 29 janvier 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 454

A. TOUFFAIT, Conclusions sous Cass. Ch mixte 21 juin 1974, *Dr. soc.* 1974, p. 454

D. TRICOT, Rapport, sous Cass. Ass. plén. 20 mars 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 360

R. VATINET, Note sous Cass. soc. 15 février 2006, *JCP* 2006, éd S, p. 1364

R. VATINET, Note sous Cass. soc. 7 juin 2006, *JCP* 2006, éd S, n° 1734, p. 33

R. VATINET, Note sous Cass. soc. 14 mars 2007, *JCP* 2007, éd. S, n° 1943

J-M. VERDIER, Note sous Cass. Ass. Plén. 31 octobre 1996 *Dr. soc.* 1997, p. 270

M. VERICEL, Commentaire sous Cass. soc. 14 mars 2007, *RJS* 5/07, n° 624

G. VINEY, Note sous Cass. soc. 11 octobre 1972, *D.* 1973, jp, p. 344

Ph. WAQUET, Rapport sous Cass. soc. 2 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 696

Ph. WAQUET, Rapport sous Cass. soc. 16 novembre 1993, *Dr. soc.* 1994, p. 35

Ph. WAQUET, Observations sous Cass. soc 26 janvier 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 389

Ph. WAQUET, Note sous Cass. soc. 5 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 482

Ph. WAQUET, Rapport sous Cass. soc. 18 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 183

INDEX

Alerte : 59 s, 125 s, 186 s, 208 s.

Décisions de l'employeur :

- Contrôle des ~ : 266 s.
- Suspension des ~ : 69 s, 112 s, 115 s.
- Nullité des ~ : 70 s.

Devoir d'agir : 35, 97 s.

- Manquement au ~ : 249 s.

Entrave à la liberté du travail : 236 s, 296, 356 s.

Entrave à l'exercice des fonctions représentatives :

- Par l'employeur : 52, 68 s, 77 s, 89 s, 115, 176 s.
- Par les représentants du personnel : 284, 295, 303 s, 356.

Faute lourde : 326 s, 338 s, 345 s.

Grève : 158 s, 210 s, 228 s, 299 s, 326 s.

- ~ bouchon : 217 s.
- ~ de solidarité : 232 s.
- ~ tournante : 217 s.
- ~ politique : 232 s.
- ~ perlée : 230 s.
- ~ surprise : 217 s.
- ~ illicite : 229 s, 332 s.

Heures de délégation : 80 s, 196 s, 239 s, 291 s, 321, 347.

Information :

- Des salariés de l'entreprise : 79 s, 200 s, 240 s, 297, 293 s.
- Des représentants du personnel : 106 s, 160, 180 s.

Intérêt des salariés : 81 s, 92 s, 128 s, 152 s, 167 s, 194 s.

Licenciement :

- Disciplinaire : 316 s.
- Non disciplinaire : 349 s.

Loyauté :

- Manquement à l'obligation de ~ : 318 s, 340.

Mandat :

- ~ des délégués syndicaux : 136 s.
- Retrait du ~ : 353 s.
- Effet de l'exercice du ~ sur le contrat de travail : 313 s.
- Exécution forcée du ~ : 335 s.

Meneurs :

- Rôle de ~ : 220 s.

Modérateur :

- Rôle ~ : 256 s.

Négociation : 141 s.

- Devoir de négocier : 148 s, 252, 260 s.

Obligation de discrétion : 225 s, 293, 342.

Personnes morales :

- Responsabilité des ~ : 359 s.

Représentant de la section syndicale : 10 s, 135, 150 s.

Secret professionnel : 224 s, 293, 342.

Séquestration : 238, 331, 356, 364

Syndicats :

- Responsabilité des ~ : 359 s.
- Action des ~ : 306 s.

Veto : 74 s, 184.

TABLE DES MATIÈRES

<i>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</i>	1
<i>SOMMAIRE</i>	4
<i>INTRODUCTION</i>	5
Section 1 : L'identification des institutions.....	6
§1. Le délégué syndical et le représentant de la section syndicale.....	8
§2. Le représentant des salariés.....	12
§3. Le salarié mandaté, le conseiller du salarié et le conseiller prud'homme.....	15
§4. Les représentants conventionnels.....	17
Section 2 : La nature juridique des prérogatives reconnues	19
§1. Des libertés ?.....	21
§2. Des Droits subjectifs ou des pouvoirs ?.....	23
A. Caractéristiques communes	23
1. L'exercice d'une prérogative	23
2. L'opposabilité aux tiers	25
3. La source des prérogatives.....	28
4. La finalité des prérogatives	31
B. L'élément de différenciation : la liberté.....	35
Section 3 : L'exigence de responsabilité.....	39
PREMIERE PARTIE : LES FONCTIONS DES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL.....	46
TITRE I : LES FONCTIONS EXERCEES DANS UN INTERET EXCLUSIVEMENT COLLECTIF.....	48
<i>Chapitre I : Les fonctions du comité d'entreprise</i>	49
Section 1 : Les fonctions économiques du comité.....	50
§1. Le droit à l'information du comité.....	51
A. L'information générale du comité d'entreprise.....	51
B. L'information du comité dans l'entreprise sociétaire	52
C. Le droit à l'expertise	54
1. Les experts rémunérés par l'entreprise	54
2. Les experts rémunérés par le comité.....	57
3. Le cas particulier de l'expertise de gestion	57
D. Le droit d'alerte	59
§2. Le droit et le pouvoir d'exprimer un avis.....	63
A. Le droit d'exprimer un avis consultatif, droit-fonction	63
1. Le choix	63

2.	L'opposabilité du droit	67
a.	Au moment du vote	67
b.	Les actions en justice	68
α.	L'entrave	68
β.	Les autres actions judiciaires	69
3.	L'absence de liberté	72
B.	L'avis conforme du comité, véritable pouvoir	74
1.	Prendre une décision	74
2.	Imposer sa volonté	75
a.	Les actions civiles	75
b.	Les actions pénales	76
§3.	Le droit d'informer les salariés	79
§4.	Le droit à être rémunéré pour l'exercice de ses fonctions	80
§5.	La finalité des prérogatives	81
Section 2 :	Les fonctions du comité en matière d'activités sociales et culturelles	84
§1.	Le pouvoir de gérer l'action sociale et culturelle	85
A.	L'exercice libre d'une prérogative	85
B.	L'opposabilité	89
1.	Le délit d'entrave	89
2.	Le vote de l'employeur	91
C.	La finalité des prérogatives	92
§2.	Le droit de contrôler l'action sociale et culturelle	95
A.	L'exercice d'une prérogative	95
B.	La liberté du comité	97
Section 3 :	Le comité employeur	98
§1.	Le recrutement de salariés	99
§2.	L'exécution du contrat de travail	100
§3.	La rupture du contrat de travail	102
<i>Chapitre II :</i>	<i>Les fonctions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail</i>	<i>105</i>
Section 1 :	Les fonctions de conseil et de prévention	106
§1.	Le droit à l'information	106
A.	Les informations générales	106
B.	Le droit à l'expertise	108
1.	Le choix de recours à l'expert	109
2.	L'opposabilité à l'employeur	110
§2.	Le droit d'exprimer un avis	113
A.	Le choix	114
B.	L'opposabilité	115
C.	L'articulation des procédures de consultation avec le processus décisionnel	118

§3. Le droit d'analyser et de proposer	120
Section 2 : La fonction de contrôle	122
§1. Le droit d'inspecter	122
§2. Le droit d'enquêter.....	124
§3. Le droit d'alerte	125
Section 3 : La finalité des prérogatives	128
TITRE II : LES FONCTIONS EXERCEES DANS UN INTERET COLLECTIF OU INDIVIDUEL	133
<i>Chapitre I : Les institutions nommées</i>	134
Section 1 : La fonction de négociation.....	135
§1. La nature juridique du lien unissant le délégué syndical à son groupement professionnel	136
A. Le mandat	136
B. Les conséquences de la qualification de mandat.....	140
§2. La nature de la négociation collective et de l'accord collectif.....	141
§3. Le droit-fonction dans la négociation obligatoire.....	147
Section 2 : La fonction syndicale.....	150
§1. La qualification du lien unissant le délégué et son organisation	151
§2. Le droit de représentation interne	152
A. La finalité des prérogatives	152
1. L'incapacité générale à représenter à l'extérieur.....	153
2. L'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement.....	154
B. Le contenu de la fonction syndicale.....	156
1. Le droit de réclamer et de revendiquer	156
2. Le droit de contrôler le fonctionnement social de l'entreprise.....	160
3. Les autres droits reconnus pour l'animation de l'activité syndicale	163
<i>Chapitre II : Les institutions élues</i>	165
Section préliminaire : Des prérogatives au service d'un intérêt essentiellement individuel.....	167
Section 1 : La fonction de médiation des délégués du personnel	170
§1. Le droit de présenter des réclamations à l'employeur.....	171
§2. Le droit de collaborer avec les autres institutions du personnel.....	178
Section 2 : La fonction de contrôle des délégués du personnel	179
§1. Le droit de contrôle sur l'application générale des dispositions légales	180
A. L'absence de droit général à l'information	180
B. Le droit de saisir l'inspecteur du travail	182
C. Le droit d'exprimer un avis	183
D. Le droit de désigner les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail	185
§2. Le droit de veiller au respect des droits des personnes et des libertés fondamentales.....	186
SECONDE PARTIE : LA RESPONSABILITE DES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL.....	189
TITRE I : LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE	191

<i>Chapitre I : La responsabilité dans l'exercice des droits-fonctions.....</i>	<i>192</i>
Section 1 : L'abus de droit	193
§1. L'abus de droit caractérisé par un acte contraire à l'intérêt des salariés.....	194
A. La finalité attribuée aux prérogatives des représentants du personnel.....	194
B. Le non-respect de l'intérêt des salariés.....	196
1. La satisfaction d'un intérêt personnel.....	196
2. L'action non conforme au mandat détenu.....	199
3. Les choix inopportuns ou déraisonnables	206
§2. L'abus de droit caractérisé par l'intention de nuire	208
§3. L'abus du droit de revendiquer	210
A. Une définition particulière de l'abus de droit	210
1. Le critère de l'abus	210
2. L'application du critère	213
a. L'abus dans les revendications professionnelles	213
b. L'abus dans le choix des modalités de la grève	217
B. L'abus du délégué syndical.....	220
Section 2 : Le défaut de droit	223
§1. L'obligation de discrétion et le secret professionnel.....	223
A. Le secret professionnel.....	224
B. L'obligation de discrétion.....	225
§2. Les limites du droit de revendiquer.....	228
A. Les mouvements illicites.....	229
1. Les règles générales	229
2. Les spécificités des services publics	235
B. Les actes illicites	236
§3. Les autres limitations légales et jurisprudentielles	239
A. Le dépassement des heures de délégation.....	239
B. L'information des salariés	240
1. L'affichage et les tracts.....	241
2. Les réunions	244
C. Les déplacements et la circulation	247
Section 3 : Le manquement au devoir d'agir	249
§1. Les sources du devoir d'agir	249
§2. Les manifestations du devoir d'agir.....	256
A. Le devoir de modérer l'action revendicative.....	256
B. Le devoir de négocier	260
C. Le devoir de contrôler l'action sociale et culturelle	261
D. Le devoir de transmettre les réclamations des salariés	262
<i>Chapitre II : La responsabilité dans l'exercice du pouvoir.....</i>	<i>264</i>

Section 1 : Les pouvoirs du comité d'entreprise.....	265
§1. Le comité d'entreprise employeur	265
A. Le contrôle des pouvoirs d'un employeur	266
1. Les limites posées par le juge	266
2. Les contrôles exercés par le juge	268
B. Le contrôle des pouvoirs du comité d'entreprise	271
1. Les cas de responsabilité.....	272
a. Le recrutement	272
b. L'exécution du contrat de travail.....	273
c. La rupture du contrat de travail.....	274
2. Les spécificités.....	276
§2. La gestion des activités sociales et culturelles.....	276
A. La responsabilité contractuelle	276
B. Les responsabilités délictuelle et pénale.....	279
Section 2 : Les avis contraignants	285
TITRE II : LE REGIME DE LA RESPONSABILITE	289
<i>Chapitre I : L'intérêt à agir.....</i>	290
Section 1 : L'employeur	291
§1. L'existence d'un intérêt	291
§2. L'absence manifeste d'intérêt à agir	296
Section 2 : Les salariés et leurs représentants.....	299
§1. Les salariés	299
§2. Les représentants des salariés.....	303
Section 3 : Les syndicats	306
§1. L'action pour la défense des intérêts de la profession.....	306
§2. L'action pour la défense des droits du groupement.....	310
<i>Chapitre II : Les sanctions</i>	312
Section 1 : La sanction disciplinaire	312
§1. La suspension du contrat de travail.....	313
§2. L'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire	316
A. Les manquements à l'obligation de loyauté et autres obligations continues	316
B. Le non-respect des prescriptions légales.....	323
C. Les fautes commises pendant une grève	326
1. Les fautes commises au cours d'une grève authentique	326
2. Les mouvements illicites	332
Section 2 : La sanction civile	335
§1. L'exécution forcée	335
§2. Le versement de dommages et intérêts.....	337
A. La responsabilité civile contractuelle	338

B. La responsabilité civile délictuelle	343
§3. Le remboursement des heures de délégation.....	347
§4. Le licenciement non disciplinaire	349
§5. Le retrait du mandat.....	353
Section 3 : La sanction pénale	355
§1. Les personnes physiques.....	356
§2. Les personnes morales	359
A. Une infraction commise par un organe ou un représentant du groupement	359
1. Le syndicat.....	359
2. Le comité d'entreprise et ses instances dérivées.....	361
B. Une infraction commise pour le compte du groupement	362
1. Le profit matériel.....	363
2. Le profit moral.....	364
C. Les peines	364
<i>CONCLUSION</i>	366
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	369
<i>INDEX</i>	398
<i>TABLE DES MATIÈRES</i>	401