

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Working Papers

WPS/2018/27

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

La représentation collective des salariés dans l'espace international

Etienne Pataud



Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.



La représentation collective des salariés dans l'espace international

Etienne Pataut - Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université de Paris 1) IRJS

Février 2018

ABSTRACT

Since the famous Wagons Lits ruling, it is more or less accepted that collective working relations, and especially collective representation, are not very and poorly internationalised. The technique used, that of "overriding mandatory provisions", has the effect of separating the organisation for collective representation into as many separate entities as there are States in which firms exist. This solution makes it impossible for a collective response which corresponds somewhat to the economic reality of firms.

As a result, certain bypass options have been envisaged, mainly by substantial means, and especially the European Works Council. Other coordination techniques may be worth considering.

KEYWORDS: Collective representation of workers; private international law; comparative law, multinational companies; territoriality of employment law.

RÉSUMÉ

Depuis le célèbre arrêt des Wagons Lits, il est plus ou moins admis que les relations collectives de travail et tout particulièrement la représentation collective, s'internationalisent peu et mal. La technique utilisée, celle des lois de police, conduit à séparer l'organisation de la représentation collective en autant d'entités séparées qu'il y a d'Etats d'implantation de l'entreprise et une telle solution rend impossible l'émergence d'une représentation collective qui corresponde peu ou prou à la réalité économique de l'entreprise.

Aussi certaines voies de contournement sont-elles envisagées, essentiellement par la voie substantielle, tout particulièrement le comité d'entreprise européen. Peut-être d'autres techniques de coordination seraient-elles aussi envisageables.

MOTS CLÉS : Représentation collective ; droit international privé ; droit comparé ; entreprise multinationale ; territorialité du droit social.

RÉFÉRENCES DU DOCUMENT

RÉF. E. Pataut, La représentation collective des salariés dans l'espace international, COMPTRASEC-WPS/2018/27, Février 2018.

© COMPTRASEC - 2018
Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE.
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>

Le COMPTRASEC publie des Working Papers (WPS) en lien avec son séminaire annuel de recherche, reprenant les interventions des conférenciers invités depuis 2012. Les WPS ne constituent pas des contributions finalisées. Ils documentent les thématiques traitées, déterminées selon les axes de recherche qui gouvernent la vie du laboratoire. Le dépôt d'un WPS est une démarche volontaire et facultative de la part des chercheurs invités.

COMPTRASEC publishes Working Papers (WPS) connected with its annual research seminar, containing the speakers's contributions since 2012. The WPS are not finalized papers which document the treated thematic, determined in regard with the COMPTRASEC research area. The submission is voluntary and optional for the visiting scholars.

La représentation collective des salariés dans l'espace international

La représentation collective des travailleurs est assez peu abordée en droit international privé français. A mon avis, la raison principale en est que le très célèbre arrêt du Conseil d'État *Compagnie des Wagons-lits*¹ semble ici d'une autorité indépassable, et a qualifié, dit-on, de « lois de police » les règles en la matière. Cette affirmation, qui est unanimement reprise en doctrine, ne semble faire aucun doute et elle est souvent reprise par la Cour de cassation sous une forme ou une autre².

Pourtant, la solution pose d'importantes difficultés.

Elle impose que la loi française s'applique dès que le travail s'exécute en France. Très bien cela assure effectivement l'égalité de protection des travailleurs en France, quelle que soit la forme juridique de leur employeur. Mais elle se heurte à l'objection première qu'elle laisse de côté la représentation collective des travailleurs en poste hors de France.

Plus largement, en fait, cette solution a un défaut majeur, qui est de ne pas tenir compte du caractère international de la situation et de l'implantation de l'entreprise. Imposer l'application de la loi française, c'est aussi imposer que la représentation des salariés de l'entreprise belge soit régie par des lois différentes selon leur pays de travail. Le dilemme est donc bien que la protection des travailleurs en France se fait au prix d'un morcellement de la représentation collective.

Dès lors, ce qu'illustre aussi l'arrêt *Wagons-lits*, c'est le contraste frappant et identifié de longue date, entre l'internationalisation du capital et la stricte limite étatique du travail, dont les règles sont fermement maintenues à l'intérieur des frontières nationales. En d'autres termes, l'application impérative de la loi française, qui traduit une certaine résistance à l'internationalisation du droit du travail a un coût, et un coût important, qui est celui du décalage entre un employeur qui prend ses décisions et exerce sa liberté d'action dans un environnement mondial, face à des travailleurs qui, pour leur part, ne peuvent nullement échapper aux règles nationales.

Dans cette perspective, la loi nationale est bien sûr protectrice, mais elle peut tout aussi bien être un carcan ; et lorsque que, comme aujourd'hui, la mondialisation a largement déterritorialisé les entreprises, faire de l'ancrage national de la relation de travail la norme est très problématique.

Du coup, je me demande s'il ne serait pas possible de reprendre le débat, pour voir si les mécanismes d'articulation des normes ne pourraient pas être mobilisés pour essayer de bâtir une solution qui serait

1 CE, 29 juin 1973, *Rev. Crit. DIP.* 1974. 344, concl. Questiaux et chr. P. Francescakis, p. 273 (« Lois d'application immédiate et droit du travail : l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-lits ») ; *Clunet* 1975. 538, note M. Simon-Depitre, *Dr. Soc.*, 1976. 50, obs. J. Savatier, *Rev. Soc.* 1976. 663, note JL. Bismuth.

2 v. par ex. *Soc.*, 3 mars 1988, *Soc. Thoressen Car Ferries Ltd.*, *Rev. Crit. DIP.* 1989. 63, note G. Lyon Caen, *Clunet* 1989. 78, note MA Moreau-Bourlès ; *Soc.*, 14 février 2001, *Campana CFTC*, *Dr. Soc.* 2001. 639, note M.A. Moreau ; *Soc.*, 14 janvier 2004, *JCP.* 2004. I. 177, obs. F. Bousez, *RJS.* 2004, n° 326.

un peu plus satisfaisante en ce qu'elle tiendrait compte du caractère international des entreprises pour penser la représentation collective.

Pour cela, je voudrais procéder rapidement en trois temps. D'abord essayer de montrer qu'il ne s'agit pas de lois de police, car la matière, en réalité, n'est pas gouvernée par le conflit de lois (I), ensuite essayer de montrer qu'il y a là en réalité des règles territoriales (II). Puis, une fois ceci établi, réfléchir à des perspectives de solutions (III).

I - L'exclusion de la méthode conflictuelle

Le droit international privé préconise classiquement le recours à la règle de conflit de lois bilatérale, quitte à corriger le fonctionnement de celle-ci par application de règles impératives du *for*. De ce fait, dans la théorie dominante, règle de conflit et lois de police vont de pair. Une loi d'une impérativité particulière viendra contrer l'applicabilité d'une règle étrangère désignée par la règle de conflit bilatérale lorsqu'un critère de rattachement spécifique à cette loi impérative se réalise en France.

Telle devrait donc être la solution en matière de représentation collective : une règle de conflit bilatérale désignant la loi étrangère ; une loi française impérative avec un domaine propre d'applicabilité. Une telle présentation, pourtant, correspond-elle à la réalité ? A mon avis non. La représentation collective est, me semble-t-il, ni gouvernée par la loi de la société, ni gouvernée par un rattachement propre.

A - La loi de la société

L'applicabilité de principe de la loi de la société à la question de la représentation collective est bien le sous-entendu qui gouverne sinon l'arrêt *Compagnie des Wagons-lits* en tout cas l'interprétation qui en est généralement faite.

C'est le moment de le présenter un peu plus en détail.

Était en cause en l'espèce une société dont le siège social se trouvait en Belgique et qui possédait des établissements sur le territoire français. Les salariés affectés aux établissements français entendaient bénéficier des dispositions de la loi française en matière de comité d'entreprise, dont l'équivalent n'existait pas alors en Belgique. L'employeur, au contraire, invoquait le droit belge, celui de son siège, donc, pour s'opposer à l'application de la loi française. C'est cette dernière position qui avait été acceptée par l'administration du travail, dont le refus opposé aux salariés a été déféré au Conseil d'État. Le raisonnement est donc bien en apparence un raisonnement classique de qualification : une question particulière, celle de la création d'un comité d'entreprise, relève-t-elle de la loi française, en tant que loi du lieu d'affectation des salariés, ou de la loi étrangère, en tant que *lex societatis* ?

Le Conseil d'Etat va imposer l'application de la loi française au nom de son caractère impératif, on le sait et j'y reviendrai. Mais avant d'y revenir, reste toutefois une question importante : la loi de la société est-elle effectivement applicable par principe à la question de la représentation collective des salariés ?

Rien n'est moins sûr. Les mouvements récents du droit international privé des sociétés conduisent pourtant à plus de circonspection. S'il existe en effet une tendance forte en cette matière, c'est bien celle

du double phénomène d'extension, d'un côté, de l'autonomie de la volonté et de réduction, de l'autre, du champ d'application de la *lex societatis*, laquelle nous semble inéluctablement conduire à l'exclusion des rapports de travail.

L'autonomie de la volonté en matière de société se développe par extension du critère du siège statutaire, comme en témoigne par exemple l'arrêt *Polbud* de la Cour de justice, qui semble faire triompher de la façon la plus nette le rattachement au siège statutaire³. Les associés, en d'autres termes, peuvent se placer sous l'empire de n'importe quelle loi en choisissant leur siège, même si ce siège ne correspond pas à l'activité réelle de la société. On peut le regretter (c'est mon cas), mais on peut difficilement l'ignorer.

Mais la contrepartie de cette extension pourrait être une diminution corrélative du domaine de la loi de la société. Celle-ci, traditionnellement, ne s'applique pas à des questions annexes, par exemple le droit fiscal ou le droit boursier qui suivent leurs propres critères. Mais aujourd'hui, la tendance, plus largement, est véritablement de resserrer la loi de la société autour du fonctionnement de celle-ci au sens strict (ses organes, ses règles d'organisation interne, etc) et de faire régir toutes les questions qui ne relèvent pas du cœur du droit des sociétés par leur loi propre.

A cet égard, l'autonomie du droit du travail semble désormais plus ou moins acquise. C'est évident pour le contrat de travail, qui est régi par sa loi propre en application de l'article 8 du règlement Rome 1. La solution est peut-être moins nette en matière de représentation collective, essentiellement faute d'affirmation en ce sens. Il reste que, lorsque la question du rattachement se pose, c'est toujours de façon autonome, par adoption éventuelle d'un critère dérogatoire au rattachement des sociétés, le plus souvent par application d'une norme impérative, comme dans l'affaire *Wagons-lits*.

En réalité, il y a donc bien une autonomie du droit du travail et, particulièrement, du droit des relations collectives, par rapport à la loi de la société.

Cette exclusion n'implique toutefois pas celle, corrélative, du mécanisme conflictuel lui-même. Une autre analyse pourrait en effet être soutenue : celle de l'application d'une règle de conflit propre à la représentation collective.

B - Une règle de conflit autonome ?

La possibilité d'une règle de conflit propre aux rapports collectifs de travail a déjà fait l'objet d'une discussion approfondie il y a quelques années, surtout centrée sur les conflits collectifs⁴. La question était à l'époque de savoir si la règle, unanimement acceptée, d'application de la loi du déroulement de la grève, résultait de l'application impérative de celle-ci ou de sa désignation par une règle de conflit bilatérale. Ou bien on faisait valoir l'impérativité traditionnelle des règles en la matière, ou bien on faisait valoir que la grève était une action ponctuelle, un fait susceptible d'être régi par la loi de ce fait. C'est d'ailleurs cette solution qui est désormais retenue dans l'article 9 du règlement Rome 2.

3 CJUE, 25 octobre 2017, C-106/16, D. 2017. 2512, note L. d'Avout, *Rev. Sociétés* 2018. 47, note G. Parléani.

4 J.P. Laborde, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *Trav. Com. Fr. DIP.* 1995-1998, p. 153 et du même auteur, « Conflits collectifs et conflits de lois », *Droit Social* 2001. 715, spéc. p. 716.

On pourrait dire la même chose de la représentation collective. On pourrait dire que la jurisprudence du Conseil d'État a en réalité permis d'isoler un critère de rattachement nouveau et différent de celui qui était alors majoritairement considéré comme applicable. En d'autres termes, le rattachement défailant à la loi du siège pourrait être remplacé par un nouveau rattachement, jugé plus adéquat, à la loi du lieu où l'employeur exerce ses fonctions d'employeur, pour reprendre les termes du Conseil, ou à la loi de l'établissement de rattachement des travailleurs. A nouveau, vu du droit français, la différence entre ces deux qualifications ne serait pas très grande. Dans les deux cas, l'applicabilité de la loi française serait assurée pour tous les travailleurs travaillant sur le territoire français ou encore affectés à un établissement français.

Il reste que cette solution semble se heurter à un obstacle factuel fondamental. Une règle de conflit bilatérale suppose en effet de choisir un critère de rattachement et d'appliquer indifféremment la loi française ou la loi étrangère, selon le pays où se localise ce critère. Il devrait donc être possible de trouver quelques exemples de situations où est appliquée la loi étrangère, dans une hypothèse où le travailleur serait affecté à l'étranger.

Cela n'arrive à ma connaissance jamais. Il n'y a jamais aucune décision qui ait appliqué, dans quelque circonstance que ce soit, la loi étrangère en matière de représentation collective. C'est peut-être un hasard, bien sûr. Ou cela résulte peut-être d'une recherche qui n'est pas assez approfondie. Il reste que, en l'état actuel, cette absence me semble très problématique.

De ce fait, ne pourrait-on pas douter de l'existence même d'un conflit de lois en la matière, et partant de la pertinence du détour par les lois de police ? Ne serait-il pas plutôt envisageable de convoquer la vieille notion de territorialité ?

II - Représentation collective et territorialité

L'idée de territorialité est aujourd'hui plus ou moins abandonnée en droit international privé. On la trouve régressive et vague et surtout, elle paraît totalement inadaptée à un droit international privé d'influence savignienne, qui part d'une situation de droit pour, après un travail de qualification, localiser celle-ci à l'aide d'un critère de rattachement.

Elle n'a pourtant jamais été abandonnée par le droit social international, et on trouve parfois, même encore récemment, dans la bouche de la Cour de cassation l'affirmation d'un « principe de territorialité » du droit social⁵. Alors il me semble que cela vaut la peine de s'arrêter un peu sur le sujet.

A - Territorialité du droit social

Le terme de territorialité reste utilisé de façon relativement courante en droit du travail. Par cette expression, on vise le plus souvent, même si c'est de façon parfois un peu vague, l'application systématique de la loi du *for* et l'absence corrélative d'application de la loi étrangère. Techniquement, cette réticence à l'application de la loi étrangère peut se traduire de façon très différente selon les cas (éviction de la méthode conflictuelle, règles de conflit unilatérales, règles internationalement impératives, ordre public, non prise en considération du caractère étranger de la situation...), mais le fait est incontestable.

⁵ V. récemment Soc, 6 juin 2018, aff. 17-28056.

Il résulte notamment de ce que les relations de travail ne sont nullement régies uniquement par des règles de droit privé, mais aussi par des normes de droit public ou de droit pénal, qui sont traditionnellement rétives au conflit de lois. Aussi le foisonnement méthodologique est-il de rigueur en droit social international où refus de principe d'application du droit étranger et application intensive de la méthode unilatéraliste, notamment par le biais des lois de police, ne sont nullement des exceptions mais bien au cœur même du système.

Plus fondamentalement, ce phénomène nous semble s'expliquer simplement. Le droit social représente des choix fondamentaux de société et se traduit fréquemment par des règles d'une impérativité particulière. Dès lors, la tentation d'imposer ces choix, par la voie de règles internationalement impératives ou de toute autre technique garantissant l'application de la loi du *for* et l'éviction de la loi étrangère est presque irrésistible.

Il reste qu'il existe des différences entre chacune de ces techniques et que parler de territorialité ou d'unilatéralisme des lois de police n'est pas exactement identique.

Lorsque la dimension publique de la réglementation en cause est prépondérante, la notion de territorialité doit se comprendre dans le sens le plus fort d'éviction complète du principe même du conflit de lois et d'absence de prise en considération des événements se déroulant à l'étranger. Pas de réticence ici, mais bien un refus de principe de tenir compte de ce qui se passe en dehors des frontières de l'État du *for*.

L'illustration la plus frappante en est bien évidemment la sécurité sociale. Le raisonnement est en réalité méthodologiquement un raisonnement de droit public. L'application de la loi française est seule envisagée et ne sont pris en considération que les faits qui se déroulent sur le territoire français.

Au-delà de son appartenance formelle au droit privé une telle analyse correspond parfaitement à la situation française en matière de représentation collective.

B - Territorialité de la représentation collective

1 - Droit français

La territorialité des règles françaises de représentation collective était explicitement défendue par l'un des tous premiers commentateurs de la loi française sur les comités d'entreprise⁶. Même si la doctrine considère en général que Rouast avait tort, il me semble pourtant que c'est bien la méthode qu'a suivie le Conseil en 1973.

Voilà en effet ce qu'affirmait le Conseil :

« la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprises ; qu'il lui appartient, au contraire, d'instituer la participation d'un tel comité à ses activités d'employeur en France dans toute la mesure du possible ; que les dispositions de l'article 21 de l'ordonnance selon lesquelles le comité central se réunit au siège de l'entreprise doivent s'entendre, lorsque cette dernière a son siège social à l'étranger, comme visant le lieu d'exercice principal de ses activités d'employeur en

6 A. Rouast, « La loi sur les comités d'entreprise et les sociétés étrangères », *Dr. Soc.* 1947. 67.

France et qu'un tel comité central doit être mis à même d'exercer l'ensemble des attributions définies par l'ordonnance à la seule exception de celles qui seraient incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social ».

Dans sa décision, le juge se contente donc de définir un critère spatial d'applicabilité à la loi française sur les comités d'entreprise, en excluant celui du siège social. La solution pourrait certes caractériser l'application d'une loi de police, mais force est d'admettre que la possibilité même de l'applicabilité d'une loi étrangère paraît bien étrangère à la démarche de la Cour.

Telle est bien encore la solution suivie par la Cour de cassation qui affirme certes, en 1988 que « les lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police » mais uniquement pour exiger l'application de celle-ci « à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France et qui sont dès lors tenus de mettre en place les institutions qu'elles prévoient à tous les niveaux des secteurs de production situés sur le territoire national »⁷. A nouveau, n'est pris en compte que le critère de rattachement de la loi française, sans qu'aucune considération ne soit laissée à la loi étrangère, dont l'applicabilité même n'est nullement envisagée.

Plus explicite encore, la Cour ne craint pas aujourd'hui d'affirmer que :

« Le principe de la territorialité de la loi française en droit du travail interdit de tenir compte, pour le calcul des seuils légaux d'effectifs, du nombre de salariés employés à l'étranger par une entreprise dont le siège social est situé à l'étranger »⁸.

Difficile d'être plus clair sur l'existence même d'un principe d'indifférence à la loi étrangère. La question, en réalité, n'est donc pas de résoudre un problème de conflit de lois. Elle est uniquement de définir le champ d'application de la loi française en matière de représentation collective.

Il est vrai, toutefois, que l'analyse est rarement aussi explicite. Pour trouver l'affirmation la plus claire en ce sens, il faut tourner son regard vers l'Allemagne.

2 - Droit allemand

Le droit allemand sur la cogestion (*Mitbestimmungsgesetz*) est l'une des particularités célèbres du droit allemand. Il impose aux sociétés qui emploient plus de 500 salariés de permettre à leurs salariés de désigner un tiers des membres du Conseil de surveillance, voire la moitié au-delà de 2000 salariés.

La question du champ d'application international de cette loi n'est pas directement réglé par la loi. Il semble l'être toutefois, dans la doctrine et la jurisprudence majoritaire, précisément par un appel au « principe de territorialité »⁹. Concrètement, l'application de ce principe conduit à deux résultats : exclure les salariés en poste à l'étranger dans une filiale ou une succursale de la société allemande du calcul des seuils prévus par la loi, d'une part, exclure ces salariés du corps électoral, d'autre part. En substance, donc, la loi ne concerne que les travailleurs installés sur le territoire national.

⁷ Soc, 3 mars 1988, *Sté Thoresen Car Ferries précité* ; dans le même sens, Soc, 14 février 2001, *Campana CFTC, Dr. Soc.* 2001. 639, note M.A. Moreau.

⁸ Soc, 6 juin 2018, aff. 17-28056, *précité*.

⁹ V. H. Wißmann, G. Kleinsorge et C. Schubert, *Mitbestimmungsrecht : Kommentar*, Verlag Franz Vahlen München, 5^e éd., 2017, § 3, pt. 26 s. ; la solution était déjà soulignée par R. Blanpain, *op. cit.*, p. 105.

Cette solution, qui semblait solidement acquise, était justifiée principalement par une raison liée à la souveraineté étatique. L'Allemagne manquerait ainsi de pouvoir ou de compétence (« *Regelungsmacht* ») en ce qui concerne les salariés des établissements situés à l'étranger et imposer une telle solution reviendrait donc à violer la souveraineté des pays de travail des salariés en cause¹⁰. La solution est donc de la façon la plus explicite rapprochée du droit public et des questions de souveraineté.

Elle n'en fait pas moins l'objet, depuis quelques années, d'un débat en Allemagne en raison des difficultés qu'elle pourrait soulever au regard du droit de l'Union européenne.

Certains ont estimé qu'elle pourrait poser des difficultés au regard de l'article 45 TFUE, imposant une libre circulation non discriminatoire des travailleurs.

Le débat de droit de l'Union est aujourd'hui à peu près clos. La difficulté a en effet été portée à la connaissance de la Cour de justice qui, dans un important arrêt *Erzberger* rendu en Grande chambre, a considéré que la solution allemande ne contrevenait pas aux exigences de l'article 45 TFUE¹¹. En substance, la Cour a estimé qu'à défaut d'harmonisation sociale, la liberté de circulation des travailleurs ne garantissait pas une égalité de traitement absolue et indépendante de l'État d'emploi et qu'il n'y avait donc nulle discrimination non plus que nulle entrave à la liberté de circulation dans l'auto-limitation du droit allemand. Dès lors, les contraintes supposées du droit de l'Union disparaissent et la règle traditionnelle est réaffirmée avec vigueur.

En Allemagne, donc, les règles en matière de représentation collective ne sont pas seulement des lois de police internationalement impératives. Ce sont en réalité de véritables règles territoriales, qui se rapprochent du droit public et à ce titre entièrement étrangères à la méthode du conflit de lois.

La solution est plus explicitement formulée en Allemagne qu'en France, mais, pour autant, les solutions ne nous semblent pas différentes. Dans les deux cas sont bien présentes les caractéristiques qui permettent de se convaincre de la territorialité d'une loi : l'exclusion de la loi étrangère, d'une part ; la seule prise en compte des faits constitués sur le territoire du *for*, d'autre part. La France et l'Allemagne ont donc bien la même approche méthodologique des questions de représentation collective dans l'espace.

Les règles en la matière sont donc des règles territoriales. Et alors ? On pourrait penser qu'il y a là un habituel débat un peu vain des internationalistes, qui passent leur temps à s'interroger sur leurs propres méthodes. Après tout, règles territoriales ou lois de police, la différence paraît mince puisque dans les deux cas, l'important est bien la détermination unilatérale du champ d'application de la loi du *for*.

Elle nous semble pourtant essentielle en ce qu'elle montre que la méthode de droit international positive en matière de représentation collective ne se rapproche pas de celles qui ont habituellement cours en droit privé, éventuellement mâtinée d'un parfum d'impérativité traduit par l'existence de lois de police. Comme le montre avec éclat la justification doctrinale, il s'agit bien au contraire de méthodes du droit public, celles qui gouvernent le droit fiscal ou le droit de la nationalité. Dès lors, la différence est déterminante : une telle analyse emporte la conséquence que le cloisonnement des systèmes est en la matière total et que l'internationalisation de la question apparaît sinon impossible, en tout cas extrêmement difficile. Elle impose donc de chercher des solutions en dehors des règles traditionnelles d'un droit international privé classique, qui apparaît singulièrement désarmé.

¹⁰ H. Wißmann et al., *op. cit.*, pt. 30 : „denn damit würde die ausschließlich dem betreffenden Staat zustehende Hoheitsmacht verletzt“.

¹¹ CJUE, 18 juillet 2017, aff. C-566/15, *Konrad Erzberger c/ TUI AG*, *Rev. Soc.* 2017. 720, note A. Seifert.

III - Déterritorialiser la représentation collective : quelques pistes

Il faut y revenir : les inconvénients à cette stricte territorialité sont nombreux. L'absence d'application de la loi étrangère conduit à une absence de coordination des différents modes de représentation collective des salariés en fonction de leur État d'emploi ; et l'absence de prise en considération des faits qui se déroulent sur le territoire étranger, notamment des personnels de l'entreprise qui se trouvent sur le territoire étranger, empêche de prendre en compte pour la représentation collective la réalité de l'entreprise multinationale.

Le morcellement conduit à séparer une entreprise en autant d'États qu'elle a d'implantation, avec ou sans personnalité morale.

La difficulté la plus importante n'est pas technique, mais bien politique. La solution porte bien évidemment atteinte aux droits des salariés, qui ne peuvent reconstituer une représentation qui correspondrait au périmètre réel de l'activité de l'entreprise. Plus largement, comme en témoignent l'invocation récurrente des principes généraux de non-discrimination ou d'égalité de traitement, elle pose la question de la légitimité d'une telle auto-limitation des règles de représentation. Il ne suffit pas en effet d'affirmer au niveau national la nécessité d'introduire la démocratie en entreprise si cette démocratie s'arrête à des frontières étatiques dont les entreprises, pour leur part, n'ont cure.

La solution apparaît donc bien à la fois peu protectrice des intérêts des salariés, lorsque ceux-ci sont envisagés globalement, et anachronique à l'heure de la mondialisation économique.

Face à cette difficulté, la territorialité n'est pas une fatalité. Dans des domaines aussi différents que la sécurité sociale ou les procédures collectives, eux aussi gouvernés au départ par des règles strictement enchâssées dans les limites étatiques, d'importantes solutions ont été mises en œuvre pour parvenir à décloisonner des systèmes juridiques étatiques que les règles nationales maintenaient strictement séparées.

Deux voies peuvent être explorées : celle de l'harmonisation, d'un côté, celle de la coordination de l'autre.

A - Harmoniser

Cette voie là est la plus connue, je m'y arrêterai à peine. L'idée est ici de recourir, plutôt qu'à la coordination insuffisante des règles étatiques, à des solutions d'harmonisation matérielle.

La plus évidente des réussites en la matière est sans aucun conteste le Comité d'entreprise européen qui est l'institution transnationale de représentation du personnel la plus spectaculaire. Créé par une importante directive de 1994, remaniée en 2009¹², le Comité d'entreprise européen est l'une des plus intéressantes tentatives de mettre en œuvre une institution qui ne soit bornée ni par les personnalités morales ni par les ordres juridiques.

Pour ce faire, le texte a eu recours à un étonnant et stimulant syncrétisme méthodologique. La mise en place et le fonctionnement du Comité d'entreprise européen mobilisent en effet un mélange de règles matérielles, désignant de façon très générale un objectif et les moyens d'y parvenir, et d'autonomie de la volonté, puisqu'il revient à la négociation et au contrat le soin de préciser le contenu précis de l'accord futur. A ces deux pôles,

¹² Directive 94/45 du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOCE* L 254 du 30 septembre 1994, p. 64, complétée et refondue par la Directive 2009/38 du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOUE* L 122 du 16 mai 2009, p. 28.

règles matérielles et autonomie de la volonté, s'ajoute un troisième, celui des droits nationaux coordonnés. La directive, en effet, fait un usage intensif et étonnant de règles que l'on n'ose qualifier de règles de conflit, mais qui sont pourtant bien des règles de détermination d'un droit national déclaré applicable. Il s'agit bien de règles de droit international privé, qui renvoient au droit national pour régler des difficultés particulières qui ne peuvent être résolues ni par la directive elle-même, ni par l'accord des parties. Le rôle des règles de conflit de lois et, à travers elles, des lois nationales, reste donc encore déterminant.

Du fait de ses limites intrinsèques – désigner une loi nationale – la règle de conflit de lois est par nature impuissante à organiser les rapports collectifs au sein d'une entreprise multinationale. Elle peut en revanche servir d'outil puissant pour pallier, au sein d'un instrument de droit matériel, l'absence d'harmonisation complète. Coordination et harmonisation peuvent ainsi se compléter pour parvenir à un résultat que, seuls, les États ne peuvent pas atteindre : créer une institution transnationale de représentation du personnel.

Telle serait aussi la solution si une autre piste d'harmonisation était explorée, celle d'une harmonisation par le bas, c'est-à-dire directement au niveau de l'entreprise. Les accords-cadres internationaux sont aujourd'hui une figure importante du droit social international et permettraient sans aucun doute la mise en place de structures de représentation du personnel aux dimensions réelles de l'entreprise et non pas limitées par les frontières des États. Dès lors, l'accord transnational peut apparaître comme une voie d'avenir pour intégrer dans l'entreprise ou le groupe d'entreprise en cause des véritables mécanismes de représentation collective.

Il reste que l'harmonisation ne fera nullement disparaître les lois nationales. Dès lors, la voie de la coordination ne saurait être négligée.

B - Coordonner

A la différence du précédent, ce chemin est entièrement vierge. Même si la réflexion doctrinale n'est pas totalement absente, les règles en la matière restent, on l'a vu, fondamentalement enserrées dans les frontières étatiques.

Le modèle à suivre existe, pourtant : c'est celui de la sécurité sociale. Partant d'une même situation de stricte territorialité, les règles en matière de sécurité sociale ont progressivement fait une place sinon à la loi en tout cas aux rattachements étrangers, de deux façons différentes.

La première, la plus immédiate et la plus aisée à mettre en œuvre serait de réfléchir État par État et règle par règle au champ d'application des dispositions nationales en matière de représentation collective. A cet égard, les si insurmontables obstacles qui sont soulevés par la doctrine allemande ne nous semblent en réalité pas infranchissables.

La souveraineté ne me semble pas être un problème. Je ne vois pas la difficulté qu'il y aurait à mettre en place des mécanismes d'élection et d'éligibilité dans un autre pays que celui du siège de l'entreprise.

A nouveau, la sécurité sociale a montré que la territorialité n'empêche pas que le critère d'application de la loi soit un peu mieux travaillé pour correspondre aux objectifs substantiels de la règle de fond. Il suffit de penser à la suppression progressive de la condition de nationalité (voire, parfois de résidence).

Une même démarche pourrait parfaitement avoir lieu en matière de représentation collective. Si en effet la volonté est de représenter une certaine collectivité (les travailleurs rattachés à l'entreprise, les travailleurs rattachés à une unité économique et sociale, les travailleurs rattachés à un établissement...), ne serait-il pas plus

pertinent de tenir compte de la réalité de cette collectivité plutôt que de s'arrêter aux frontières étatiques ? Une telle solution conduirait à des rattachements différents en fonction de l'institution de représentation en cause, elle impliquerait aussi que certains salariés se voient appliquer parfois plusieurs lois, par exemple si un salarié d'une entreprise allemande soumise à la codétermination travaille dans un établissement français entrant dans le champ d'application de la loi française.

A mon avis, une telle situation ne poserait aucune difficulté de principe.

Ce raisonnement est d'ailleurs beaucoup plus conforme au droit interne, qui lui aussi s'attache à la réalité de la communauté de travail bien plus qu'au lien juridique de subordination. Les décisions les plus significatives sont incontestablement, en droit interne, celles qui concernent la mise à disposition de salariés. En la matière, après quelques hésitations, le critère de constitution de l'électorat comme de l'éligibilité est désormais celui de « l'intégration de façon étroite et permanente à la communauté de travail »¹³.

L'objectif est donc bien de faire coïncider le plus précisément possible la réalité de la communauté de travail et la représentation et, de ce fait, le critère vise à identifier au plus près une collectivité humaine plutôt qu'à refléter le lien de droit. Rien n'empêche d'étendre ce critère à l'ordre international en tenant compte de la réalité des rattachements de l'entreprise.

Bien entendu, un important travail d'affinage reste à faire. Il n'en demeure pas moins que, à condition de ne pas s'arrêter à des objections théoriques qui sont autant de tigres de papier, il est parfaitement possible de réfléchir à des critères de rattachement qui permettraient de tenir compte effectivement de la réalité des collectivités de travail susceptible de faire l'objet d'une représentation dans l'entreprise considérée.

Reste une seconde possibilité, beaucoup plus ambitieuse : mettre en place un ensemble de règles communes de coordination en matière de représentation collective au niveau européen. Le droit de l'Union n'est pas, en la matière, totalement vierge. A nouveau, les règlements en matière de sécurité sociale ont montré qu'il était possible de coordonner des règles grâce à des critères de rattachement commun, même en ne procédant que très exceptionnellement à l'application de la loi étrangère. En la matière, la réussite spectaculaire de la réglementation européenne a consisté à définir avec précision et surtout de façon commune le champ d'application des lois nationales en matière de sécurité sociale. Les principes, bien évidemment, ne sont pas les mêmes en matière de représentation collective. Il reste que l'exemple du règlement 883/2004 montre bien qu'une détermination commune des rattachements à mettre en œuvre est possible.

13 Sur cette notion, v. p. ex., G. Auzero et al., *Droit du travail*, 31^e éd., Dalloz, 2018, n° 1121.

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Pour aller plus loin

I. Daugareilh,

Mondialisation, travail et droits fondamentaux, Bruylant, 2005.

M.-A. Moreau,

Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Dalloz 2008.



COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

© COMPTRASEC - 2018

Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>



RÉF. E. Pataut, La représentation collective des salariés dans l'espace international, COMPTRASEC-WPS/2018/27, Février 2018.