HAL
open science

# Relire “ Compagnie des Wagons-lits ” : La représentation collective des salariés dans l’espace international

Etienne Pataut

## To cite this version:

Etienne Pataut. Relire “ Compagnie des Wagons-lits ” : La représentation collective des salariés dans l’espace international. Droit social international et européen en mouvement - Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière, LGDJ, pp.387-404, 2019, 978-2-275-06166-5. halshs-02266410

**HAL Id: halshs-02266410**

**https://shs.hal.science/halshs-02266410v1**

Submitted on 14 Aug 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Relire « Compagnie des Wagons-lits » :
# 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

VERSION DE TRAVAIL

Nul mieux que Pierre Rodière — à qui ces lignes sont dédiées en signe d'amitié, d'affection et d'admiration — n'a mieux compris et analysé les difficultés de droit international privé que posent les rapports collectifs de travail. Depuis ses travaux pionniers[1] couronnés par le majestueux *Traité*[2], en passant par un ouvrage, désormais épuisé mais pieusement conservé[3], ces délicates questions ont fait l'objet d'analyses aussi savantes que perspicaces.

Les rapports collectifs sont pourtant les parents pauvres d'une littérature relativement abondante de droit social international. Alors en effet que foisonnent les écrits relatifs au contrat de travail international, les bibliographies restent beaucoup plus modestes s'agissant de conventions collectives et, surtout, de conflits collectifs ou de représentation collective.

Cette dernière, tout particulièrement, reste très peu abordée par les spécialistes de droit international privé. Il n'est pas exclu qu'un certain découragement en soit la cause principale. Depuis le très célèbre arrêt du Conseil d'État *Compagnie des Wagons-lits*[4], il est acquis en doctrine que les lois françaises en la matière sont des lois internationalement impératives. Plus encore, l'arrêt *Wagons-lits* est l'arrêt sélectionné par les auteurs du célèbre recueil des *Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*[5], pour illustrer la méthode des lois de police. La qualification, enfin, est explicitement retenue par les juridictions civiles, qui invoquent parfois ce caractère de « loi de police » ou la nécessité d'une « application immédiate » de la loi française pour en imposer l'application à des sociétés étrangères[6].

Le débat méthodologique, celui qu'affectionnent par-dessus tout les spécialistes de droit international privé, semble donc clos.

Pourtant, comme n'ont pas manqué de le remarquer de fins esprits, la difficulté, elle, ne l'est pas[7]. La solution, qui impose que la loi française s'applique dès que le travail s'exécute en

---

[1] *La convention collective de travail en droit international : contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, 1987.
[2] *Traité de droit social de l'Union européenne*, 2e éd., LGDJ, 2014.
[3] *Droit social international et européen*, Les Cours de Droit, 1990.
[4] 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.
[5] B. Ancel et Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la juriprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006, n° 53, p. 486.
[6] 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.
[7] MA Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006, spéc. pp. 311 et s.

France, ne suffit nullement, tout d'abord, à régler la question, le plus souvent passée sous silence, de la représentation collective de travailleurs en poste hors de France.

Elle laisse, surtout, profondément insatisfait. Bien sûr, comme le remarquent les commentateurs de l'arrêt à la suite du Commissaire du gouvernement de l'époque[8], la solution est protectrice en ce qu'elle a l'avantage d'éviter l'application en France d'une loi étrangère moins sourcilleuse des intérêts collectifs des travailleurs. Mais elle a un défaut corrélatif, 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 soient régis 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 peut, certes, être 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.

La question de la représentation collective ne nous semble donc nullement réglée par l'affirmation abrupte, par le Conseil d'État, de l'applicabilité de la loi française en matière. Aussi n'est-il peut être pas inutile de reprendre la question, en commençant par rouvrir un débat qui ne nous semble qu'apparemment clos : celui de la méthode. Il semble en effet que l'on puisse remettre en cause la qualification de loi de police, en contestant l'existence même d'un conflit de lois (I). Celui-ci, en réalité, semble absent d'une question gouvernée par une stricte territorialité (II). Une fois clarifié ce débat méthodologique, il semble envisageable d'ébaucher quelques 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 ? Rien n'est moins sûr, tant l'existence même d'une règle de conflit en la matière paraît peu assurée. Il ne fait guère de doute en effet que la loi de la société, qui est le candidat le plus sérieux, n'est en réalité pas applicable en matière de représentation collective (A). Il reste que, selon une

[8] N. Questiaux, *conclusions précitées*, p. 348.

démarche habituelle[9], on pourrait estimer que l'utilisation de la théorie des lois de police n'est qu'un palier vers la correction d'une catégorie et d'un rattachement défectueux. Pourrait-on alors imaginer que la question soit gouvernée par une loi propre ? La solution n'est pas exclue, mais ne résulte en tout cas pas clairement du droit français (B).

### 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.

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* ? Telle est bien la façon dont le dilemme est présenté par N. Questiaux, qui voit là un « redoutable problème de conflit de lois » [10]. La solution qu'elle propose vise à sortir de cette difficulté par une démarche unilatérale, on y reviendra.

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 ? Les commentateurs ne semblent guère en douter[11], même si la question est en toute hypothèse secondaire par rapport à l'objet réel de l'arrêt.

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.

Malgré l'attachement traditionnel de la France au critère du siège réel, l'extension du critère du siège statutaire et, partant, de l'autonomie de la volonté, semble aujourd'hui irrésistible[12]. En témoigne, encore récemment, l'important arrêt *Polbud* de la Cour de justice, qui semble faire triompher de la façon la plus nette le rattachement au siège statutaire [13]. 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.

---

[9] L'idée est fréquemment développée, v. p. ex. A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Rec. Cours* 1993. Vol. 239., p. 9, spéc. p. 72 ou M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré », *Rec. Cours* 1995, vol. 253, p. 9, pspéc. p. 259-260.

[10] Conclusion précitées, p. 349.

[11] V. part. la discussion approfondie de ce sujet dans P. Francescakis, *article précité*, p. 286.
*Adde*, aujourd'hui, B. Ancel et Y. Lequette, *Grands Arrêts précités*, n° 5, p. 493

[12] V. p. ex. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements*, 2e éd., LGDJ, 2016, n° 59.

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

C'est aussi en ce sens que tendent les projets de codification européenne en la matière. En témoignent par exemple la récente proposition du Groupe européen de droit international privé[14] ou encore le rapport remis à la Commission européenne sur une éventuelle codification de la loi applicable aux sociétés[15], qui préconisent l'un et l'autre d'adopter le critère de l'incorporation. On peut bien entendu le regretter, comme en témoigne la littérature critique sur le sujet ; mais le fait lui-même semble incontestable : le critère du siège réel est en train de perdre du terrain au profit du siège statutaire, c'est-à-dire de l'autonomie de la volonté.

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*.

L'exception apparente est celle de l'implication des travailleurs dans les organes mêmes de la société, dont on sait l'importance qu'elle a prise dans la discussion sur la société européenne, puisqu'elle a justifié un texte particulier[16]. Il n'est pourtant pas certain que cette exception en soit réellement une ; que la représentation collective des travailleurs utilise le critère du siège social de l'entreprise est une chose, qu'elle relève de *la lex societatis* en est une autre, dont l'exemple allemand permettra de montrer qu'elle relève en réalité d'un ordre de raisonnement différent.

D'ailleurs, dans le même sens, le projet du Groupe européen de Droit International Privé, qui semble représenter un certain état de l'art en la matière, consacre lui aussi l'autonomie des rapports collectifs de travail. Ce projet définit en effet de la façon la plus précise possible le champ d'application de la loi de la société et exclut dans son article premier :

« (e) labour relationships and employees rights, including rights of participation in the organs of the company. »

Même si aucune solution positive, en tout cas en France, ne semble l'établir avec netteté, il semble donc bien que le domaine de la *lex societatis* exclue les rapports collectifs de travail et, plus précisément, la représentation collective.

---

[14] « Draft Rules on the law applicable to companies and other bodies », adopté à la session de Milan en septembre 2016, disponible sur : http://www.gedip-egpil.eu/ (dernière visite Août 2018). Sur ce projet, v. F. Garcimartin Alferez, « GEDIP's proposal on the law applicable to companies », *Riv. Di Dir. Int. Priv. e Proc.* 2016, 949, spéc. p. 968.

[15] C. Gerner-Beurle, F. Mucciarelli, EP Schuster et M. Siems, Study on the law applicable to companies, Juin 2016, disponible sur : https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en (dernière visite Août 2018).

[16] Directive 2001/86 du 8 octobre 2001 *complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, JOUE*, n° L 294 du 10 novembre 2001, p. 22.

La solution ne doit guère surprendre si l'on regarde la question non plus du côté du droit des sociétés, mais bien de celui du droit du travail : les règles de représentation collective sont des règles particulières, régies par des solutions propres qui ne relèvent pas du droit des sociétés. L'autonomie, ici, ne fait strictement aucun doute.

Rétrécissement du domaine de la *lex societatis* d'un côté, autonomie des dispositions légales en matière de représentation collective, de l'autre : il semble donc bien que l'analyse puisse converger vers une exclusion de la qualification de « 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 collectifs[17]. 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.

En faveur de la première analyse, on pouvait faire valoir l'impérativité traditionnelle des règles en la matière[18] ; à l'inverse, d'autres soulignaient les différences entre l'organisation permanente des rapports collectifs et la grève, qui ne serait finalement qu'une « action toujours ponctuelle », qu'un « fait du monde du travail »[19], qui serait donc régi par la loi du lieu de la survenance de ce fait. Il s'agirait donc d'une applicabilité particulière de la loi du lieu du délit. Cette seconde analyse peut désormais se prévaloir du règlement Rome 2, dont on sait que l'article 9 prévoit l'application d'une règle de conflit particulière en matière de grève.

La même analyse pourrait être proposée en matière de représentation collective. Au-delà de la traditionnelle qualification de loi de police, il pourrait ainsi être soutenu 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 défaillant 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 affecté 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 se 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.

---

[17] 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.

[18] A. A. Lyon-Caen, « La grève en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*. 1977. 271 spéc. p. 278. Plus nettement encore, v. G. et A. Lyon-Caen, *Droit Social International et Européen*, Précis Dalloz, 8e éd., 1993, n°72.

[19] J.P. Laborde, « Conflits collectifs… », *précité*, p. 717.

Le droit français, pourtant, ne semble pas en ce sens. Il ne semble pas exister en effet d'arrêt ayant explicitement appliqué la loi étrangère en la matière. Il est possible, bien sûr, que la question ne se soit jamais posée pour des raisons simplement pratiques, voulant qu'il soit plus simple d'aller porter devant le juge étranger le litige éventuel sur une institution étrangère de représentation du personnel. Mais il reste que l'absence de décision en la matière ne peut manquer d'interroger sur l'existence même d'une règle de conflit bilatérale, dont la mise en œuvre serait inexistante.

En réalité, la seule discussion qui semble avoir lieu est celle du champ d'application à donner à la loi française dans les situations charnières : salariés de sociétés françaises expatriés à l'étranger ou, à l'inverse, salariés étrangers rattachés de façon fragile (détachement ou mise à disposition) à des sociétés françaises. La possibilité même de l'application de la loi étrangère n'est jamais envisagée ni même, apparemment, considérée comme possible.

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

Se référer à l'idée de territorialité peut paraître paradoxal à l'heure où elle semble plus ou moins tombée en désuétude en droit international privé. Son ambigüité même en est la cause, car l'expression peut vouloir désigner des réalités si différentes qu'elle paraît aujourd'hui peu opératoire. 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. Dans ce contexte, la notion même de territorialité semble en réalité dépourvue de sens et est donc aujourd'hui écartée[20].

Pourtant, elle n'a jamais été abandonnée en matière de droit social international et on trouve encore, parfois, l'affirmation par les plus hautes juridictions d'un « principe de territorialité » du droit social[21].

L'ambiguïté de l'expression mérite dès lors que l'on s'y arrête un instant (A), avant de la confronter aux données du droit positif en matière de représentation collective (B).

### A. Territorialité du droit social

Le terme de territorialité reste utilisé de façon relativement courante en droit du travail, même si c'est le plus souvent pour le critiquer, précisément en raison du caractère trop vague de la notion [22]. 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

[20] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit International Privé*, Monchrestien, 11e éd., n°107, n° 53 ; dans le même sens : H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit International Privé*, t. 1, 8e éd., LGDJ, 1993, n° 222 ; sur cette discussion, *adde* E. Pataut, « Territorialisme et coordination en droit international privé - L'exemple de la sécurité sociale », *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, 663.
[21] V. récemment Soc, 6 juin 2018, aff. 17-28056.
[22] F. Gamillscheg, « Rules of public order in Private International Labour Law », *Rec. Cours*. 1983. III., t. 181, p. 312 ; dans le même sens, v. O. Deinert, *International Labour Law under the Rome Conventions*, Beck – Hart – Nomos, 2017, n° 32, p. 12.

loi étrangère[23]. 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.

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 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 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. Nul ne l'a mieux montré, avec son habituelle clarté, que le dédicataire du présent ouvrage. P. Rodière a en effet précisément décrit ce qu'il fallait entendre par territorialité et très bien montré que celle-ci impliquait deux choses différentes et cumulatives : d'une part l'exclusion de l'application de la loi étrangère, d'autre part la prise en compte de critères de rattachement qui se réalisent nécessairement sur le territoire français[24]. 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 considérations 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'entreprise[25]. Rouast estimait en effet que l'applicabilité de la loi française en dehors des frontières était

[23] V. p. ex. A. Malintoppi, « Les rapports de travail en droit international privé », *Rec. Cours*. 1987, vol. 205, p. 331, n° 16, p. 355.
[24] P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne,* LGDJ, 2è éd., 2014, n° 582 et s. et, plus spécifiquement, « Droit Social International – Sources. Principes. Questions générales », *Juris Classeur de droit international*, Fasc. 573, 2009, n° 13.
[25] A. Rouast, « La loi sur les comités d'entreprise et les sociétés étrangères », *Dr. Soc*. 1947. 67.

inenvisageable et qu'elle était donc inapplicable à entreprises ayant son siège à l'étranger. Celle-ci devait toutefois créer des comités d'établissement auprès des établissements situés sur le territoire français. Les comités d'entreprises, pour leur part, ne pouvaient exister sauf à établir l'existence d'une direction autonome sur le territoire français, ce qui supposait diverses adaptations, que Rouast souhaitaient voir mises en œuvre.

La solution du Conseil d'État et plus encore les conclusions de Nicole Questiaux s'éloignent de cette solution, puisqu'y est affirmée, à l'inverse de la position de Rouast, l'applicabilité de principe de la loi française en matière de comité d'entreprise, y compris lorsque celle-ci a son siège à l'étranger. C'est cette opposition qui conduit Francescakis à parler de « prétendue territorialité de l'ordonnance de 1945 »[26].

L'opposition, pourtant, est-elle si grande ? Les solutions techniques, certes, diffèrent nettement puisque dans un cas est refusé et dans l'autre accepté le comité d'entreprise. Mais, la méthode est-elle si différente ? Il ne le semble pas. En réalité, dans les deux cas, est commune la parfaite indifférence à la loi étrangère et l'unique considération du champ d'application de la loi française. La différence, certes essentielle, résulte dans le critère utilisé pour ce faire. Rouast considérait que la loi devait être par principe inapplicable aux entreprises ayant leur siège à l'étranger ; N. Questiaux, Francescakis et les interprètes postérieurs estiment pour leur part qu'elle doit s'appliquer lorsqu'une collectivité de travail existe en France. Cette divergence de vue a pu faire croire à une divergence de méthode. Il n'en est pourtant rien : la loi française reste bien territoriale, en ce sens que demeure le principe absolu d'inapplicabilité de la loi étrangère ; seul change le critère de champ d'application.

Les éléments de droit positif pour établir cette territorialité ne semblent pas manquer. En droit international privé français, tout d'abord, les rares arrêts qui s'intéressent à la question, à commencer d'ailleurs par l'arrêt *Wagons-lits*, ne disent jamais autre chose.

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 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

[26] *Article précité*, p. 277.

production situés sur le territoire national »[27]. 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 »[28].

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 « redoutable 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 est l'une des particularités célèbres du droit allemand. En application d'une loi 1976 (Loi sur la codétermination ou *Mitbestimmungsgesetz*), combinée avec une loi de 2001 (Loi sur la constitution sociale de l'entreprise ou *Betriebsverfassungsgesetz*), 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[29]. Fréquemment soulignée, la particularité du droit allemand résulte surtout de ce que la participation des salariés se fait directement dans les organes de direction de la société et non seulement par constitution d'organes spécifiques.

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 »[30]. 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.

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 cause[31]. 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

---

[27] 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.

[28] Soc, 6 juin 2018, aff. 17-28056, *précité*.

[29] Pour un tableau comparatif, v. R. Blanpain, « Representation of employees at plant and enterprise level », *in* O. Kahn-Freund et B. Hepple (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law – Vol. XV, Labour Law*, chap. 13, 1991, spéc. n° 102 et s. (*The German Model*).

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

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

ont en effet estimé qu'elle pourrait poser des difficultés au regard de l'article 45 TFUE, imposant une libre circulation non discriminatoire des travailleurs[32]. Opérer une telle limitation du champ d'application de la loi, disait-on, pourrait être contraire au principe de non-discrimination en ce que des travailleurs sont traités différemment selon leur pays d'accueil. Aussi de nouvelles solutions étaient-elles parfois avancées, visant par exemple à maintenir la solution en matière de calcul des seuils d'effectifs, qui n'auraient pas d'incidence sur les libertés de circulation, mais à accorder le droit de vote aux salariés à l'étranger[33].

Si la solution contraire reste toutefois majoritairement défendue, c'est parce que les arguments de droit européen n'apparaissaient pas décisifs aux yeux des commentateurs, pas suffisamment, en tout cas, pour justifier ce qui apparaîtrait comme une ingérence dans les souverainetés étrangères[34].

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 TFUE[35]. 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 ?

La discussion peut sembler vaine. 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

---

[32] Pour une présentation rapide, mais en français, sur ce point, v. les conclusions de l'avocat général H. Saugmandsgaard Oe rendues le 4 mai 2017 dans l'affaire C-566/15, points 8 et s.

[33] P. Ulmer, M. Habersack et M. Henssler, *Mittbestimmungsrecht*, 3e éd., Verlag CH Beck München, 2013, §3, n°44 et s. *Adde* sur ce débat, A. Seifert, « Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen », *in* Schlachter et Heinig (Dir.), *Enzyklopädie für Europarecht*, vol. 7, § 20, pts. 28 s.

[34] H. Wißmann et al., *op. cit*., pt. 37.

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

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.

## 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. Cette indifférence ne laisse pas de poser d'importantes difficultés pratiques. Elle paraît particulièrement difficile à l'heure de la libéralisation toujours plus grande de la mobilité des sociétés. En Allemagne, tout particulièrement, le risque est grand que le transfert toujours plus facile de siège social (ainsi, d'ailleurs, que la constitution de sociétés européennes) serve à contourner la loi sur la codétermination[36].

Toutefois, la difficulté la plus importante ne nous semble 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[37], 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.

A cet égard, deux voies, qui ne seront ici qu'esquissées, semblent à privilégier pour tenter de résoudre ce dilemme : celle de l'harmonisation (A) et celle de la coordination (B).

### A. La voie de l'harmonisation

Cette voie là est la plus connue, on ne s'y arrêtera qu'un instant. Voilà beau temps, en effet qu'a été remarquée l'impuissance du droit international privé en la matière et que sont

[36] Sur ce point, v. I. Barsan, « Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt *Polbud* ? », *Europe*, Mars 2018, Etude, 1, spéc. n° 7.
[37] Soc, 7 juin 2018, précité (refus d'une QPC en raison d'absence d'atteinte à l'égalité de traitement)

favorisées, plutôt que des solutions de coordination des lois nationales, des solutions d'harmonisation, notamment le recours à des instruments de droit matériel plus innovants[38].

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 2009[39], 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, règles matérielles et autonomie de la volonté, s'ajoute un troisième, celui des droits nationaux coordonnées. 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[40]. 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 [41]. 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. Une telle solution ne ferait certainement pas disparaître le conflit de lois, puisqu'à nouveau, l'autonomie de la volonté devra ici s'articuler avec les lois nationales[42]. Malgré

---

[38] M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, op. cit.*, spéc. pp. 289 et suiv.

[39] 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, complété et refondu 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.

[40] V. déjà sur ce point J. Meeusen, « Directive 94/45 concernant les comités d'entreprise européens : aspects de droit international privé », *in* M. Rigaux et F. Dorssemont (dir.), *Comités d'entreprise européens*, Intersentia, 1999, p. 239.

[41] Sur l'ensemble, v. A. Lamine, *Accords d'entreprise transnationaux en quête d'effectivité, Etude juridique et prospective d'une norme collective du travail*, thèse dact., Louvain, 2015 et M. Frapard, *La protection négociée des droits sociaux fondamentaux des travailleurs - Contribution à l'étude des accords d'entreprise transnationaux*, thèse dact., Strasbourg, 2016.

[42] V. sur ce point, le rapport remis à la Commission européenne en 2009 : A. van Hoek et F. Hendrickx, « *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company agreements* », 20

certaines législations favorables en ce sens (Danemark et Norvège notamment[43]), les accords en ce sens sont relativement rares. Ils pourraient néanmoins, eux aussi, constituer une voie d'avenir.

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

### B. La voie de la coordination

A la différence du précédent, ce chemin est entièrement vierge. Même si la réflexion doctrinale n'est pas totalement absente[44], 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, tout d'abord, ne semble pas si exigeante. L'Avocat Général dans l'affaire *Erzberger* l'a fort bien dit lorsqu'il a affirmé avec force que :

« l'inclusion dans le régime de codétermination allemand des salariés employés dans d'autres États membres n'impliquerait pas, en tant que telle, une ingérence dans la souveraineté ou dans les compétences législatives d'autres États membres. En effet, (…) la question de savoir quels sont les salariés qui peuvent participer aux élections des membres du conseil de surveillance d'une société allemande relève entièrement du pouvoir du législateur allemand. Autrement dit, il n'y a pas de conflit de compétence »[45].

La territorialité, en effet, n'empêche nullement que le critère d'application de la loi soit un peu mieux travaillé pour correspondre aux objectifs substantiels de la règle de fond. Ainsi en matière de sécurité sociale, la loi a-t-elle, par exemple, progressivement supprimé la condition de nationalité comme condition d'accès aux prestations sociales, voire parfois la condition de résidence comme condition de versement des prestations[46].

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

---

octobre 2009, disponible sur : ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4815&langId=en (dernière visite le 30 août 2018).

[43] A. Seifert, *note précitée*, n°17.

[44] V. part. en Allemagne, le débat sur l'ampleur des éventuelles adaptations de la *Mitbestimmungsgesetz* au contexte inernational : H. Wißmann (dir), ibid. En France, on renverra priotairement aux analyses de G. Lyon-Caen, *Les relations internationales de travail*, précité, pp. 116 et s.

[45] H. Saugmandsgaard Oe, *Conclusions précitées*, n°95.

[46] Sur ces exemples, v. P. Rodière, *Traité précité*, pp. 660 et s. et

établissement français entrant dans le champ d'application de la loi française. Une telle situation, en réalité, ne pose aucune difficulté de principe. A nouveau, comme l'a affirmé avec pertinence l'Avocat Général dans l'affaire *Erzberger* :

« rien ne s'oppose à ce qu'un travailleur employé par une filiale établie dans un État membre autre que celui où se trouve la société mère, bénéficie d'une 'double représentation', à savoir, d'une part, au sein de la filiale, en vertu de la réglementation de l'État membre d'emploi, et, d'autre part, au sein de la société mère, conformément à la réglementation de l'État membre où est établie cette société »[47].

Il n'y a nulle violation de la souveraineté étrangère à remplacer un critère par un autre. Il faut ici revenir aux fondamentaux du droit international privé : l'application d'une règle de droit, n'est pas, en elle-même, attentatoire à la souveraineté. Appliquer la loi française pour déterminer la capacité d'un Français, même résident à l'étranger, n'est pas une atteinte à la souveraineté de l'État de résidence. C'est l'une des grandes forces du bilatéralisme classique que d'avoir su se débarrasser ou en tout cas confiner la notion de souveraineté. Que celle-ci soit beaucoup plus présente dans les règles territoriales ne fait aucun doute, qu'elle doive avoir un impact sur la nature même du rattachement n'est, en revanche, nullement une fatalité.

Il faut souligner d'ailleurs que celle-ci n'a nullement entaché l'embryon de discussion qui a pu avoir lieu en France sur le critère d'application de la loi française en matière électorale.

Le critère parfois retenu est celui de la subordination. Dans deux arrêts des 4 avril et 18 juillet 2001, la chambre sociale a ainsi pu lier explicitement subordination et inscription sur les listes électorales dans un litige concernant des salariés expatriés[48]. C'est aussi un critère de ce type qui a pu être utilisé par la Cour dans une affaire plus ancienne encore concernant le GIE Airbus, dans lequel la Cour a établi une distinction entre les salariés embauchés par le GIE (électeurs) et les salariés mis à disposition par les entreprises utilisatrices (non électeurs)[49].

Cette solution avait été fortement critiquée par G. Lyon-Caen[50]. Il estimait en effet que la vocation électorale des salariés dans les montages internationaux devait bien plutôt dépendre de la réalité de l'intégration de ceux-ci dans leur environnement de travail et proposait à cet égard de distinguer entre salariés détachés (qui restaient affiliés à leur établissement d'origine) et expatriés (qui devaient être rattachés à leur établissement d'accueil). Ces critiques sont aujourd'hui toujours d'actualité, tant ce critère semble effectivement beaucoup plus convaincant rationnellement. Dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, il permet de déterminer la collectivité de travail qui fait l'objet de la représentation et devrait donc servir, au-delà, à déterminer l'applicabilité internationale de la loi française[51].

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

---

[47] H. Saugmandsgaard Oe, *Conclusions précitées*, n°95.
[48] Soc., 4 avril 2001, n° 99-60572 et 18 juillet 2001, n° 00-60231.
[49] Soc, 11 juillet 1989, *Dr. Soc.* 1989. 822, note A. Lyon-Caen et M. Le Friant.
[50] G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, Editions Liaisons, 1991, n° 214 ; dans le même sens : A. et G. Lyon-Caen, *Droit Social International et Européen*, Dalloz, 8e éd., 1993, n° 67.
[51] Même si l'application de la loi française néessite de fréquentes adaptations, v. p. ex. Soc., 3 mars 1988, *Société Thoresen Car Ferries*, *précité* et Soc, 14 février 2001, *Campana CFTC, précité*.

constitution de l'électorat comme de l'éligibilité est désormais celui de « l'intégration de façon étroite et permanente à la communauté de travail »[52].

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.

Elle ne nécessite que ce qui semble manquer le plus à l'Union en ce moment : un peu d'audace et beaucoup d'imagination.

[52] Soc, 13 novembre 2008, n° 07-60434, *Bull*. V, n° 219. Sur cette notion, v. p. ex., G. Auzero et al., *Droit du travail*, 31e éd., Dalloz, 2018, n° 1121.