

Représentation nécessaire et représentation volontaire

Chiara Angiolini, Giorgia Casiello, Raffaele Felicetti,
Moïse Jean, Lou Thomas

Introduction sur la distinction

Le thème de ces journées, la représentation, est particulièrement stimulant : c'est qu'au-delà de son intérêt scientifique, il est une invitation à une démarche réflexive.


Au vu de la diversité des contributions et des thèmes de recherche de chacun, le résultat de ce travail de groupe aurait pu être tout autre. Toutefois, après plusieurs heures de discussion, le parti a été pris d'interroger la représentation au prisme de la distinction, proposée par les organisateurs de ces rencontres doctorales, et reprise par au moins deux d'entre nous dans leur présentation, entre représentation nécessaire et représentation volontaire. Cette distinction, qui a pu laisser certains d'entre nous dubitatifs, s'est d'abord imposée comme un rappel de la très riche polysémie du terme « représentation ». Dans un second temps, il nous est apparu qu'elle pouvait sans doute être utilisée comme une grille de classification sommaire des divers mécanismes qualifiés par le droit de « représentation ». Il faut ici signaler que la distinction, proposée par François Rigaux, dont il s'agit, a fait l'objet d'une interprétation libre par les membres du groupe, interprétation qui, certainement, ne rendra pas entièrement grâce aux subtilités de la théorie originale.

Une fois définie la clef d'entrée dans le sujet, nous avons cherché à l'utiliser en s'appuyant sur les connaissances disciplinaires de chacun. Il nous est ainsi apparu que si la distinction semblait permettre de rendre compte de nombreux mécanismes de droit civil et commercial, elle devenait plus problématique lorsque l'on s'en éloignait. Le droit de la représentation diplomatique des Etats, puis la représentation syndicale en droit du travail et enfin la représentation en justice d'intérêts diffus, nous ont paru mal s'intégrer dans les cadres ainsi prédéfinis et mériter, à

Le texte est le résultat d'un groupe de travail composé de doctorants de l'Université Ca' Foscari de Venise (Chiara Angiolini, Giorgia Casiello), de l'Université Luiss Guido Carli de Rome (Raffaele Felicetti) et de l'Université Paris-Nanterre (Moïse Jean, Lou Thomas).

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2017/02/007

Submitted: 2018-01-23 | Accepted: 2018-03-18

© 2017 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Représentation nécessaire et représentation volontaire

La distinction entre représentation volontaire et représentation nécessaire trouve, en droit privé, diverses expressions. C'est ainsi que la loi (entendue dans une acception large) institue divers mécanismes de représentation dite « nécessaire » : représentation des personnes morales, mais encore représentation des mineurs par leurs parents, ou des majeurs incapables par un tuteur.

L'idée de représentation nécessaire trouve un écho particulier en droit public. La prépondérance des personnes morales implique en effet la prégnance des questionnements relatifs à la représentation. Particulièrement significatif est, à cet égard, l'exemple de la représentation diplomatique. Les États n'ont pas d'obligation d'entretenir des relations diplomatiques. Toutefois, s'ils décident d'entrer en relation se pose inévitablement la question de la représentation de l'État. Si la Convention de Vienne de 1961 en fixe les règles générales, il revient aux États eux-mêmes de définir, par consentement mutuel, les modalités de cette représentation. Un État ne peut pas imposer à un autre État un représentant diplomatique. Ce dernier doit être accepté par l'État d'accueil qui doit donner son consentement qui se traduit par un « agrément » qu'il peut retirer à tout moment sans avoir à motiver sa décision. Or, un État ne peut prétendre pouvoir se défendre efficacement auprès d'un État partenaire ou au sein d'une organisation internationale sans la présence d'une représentation diplomatique. La représentation, nécessaire, de l'État, se trouve ainsi mêlée à des procédures impliquant le consentement du tiers à l'établissement du lien de représentation.

D'un autre côté, la loi encadre l'attribution volontaire par un représenté à un représentant de la capacité d'accomplir, en son nom et pour son compte, un ou plusieurs actes juridiques. Elle impose généralement, dans de tels cas, la production d'un acte juridique.

Par exemple, le droit des affaires organise précisément la représentation en assemblée, qui permet aux associés de participer aux assemblées générales d'une société, même s'ils ne sont pas physiquement présents. Il s'agit d'une forme de participation indirecte aux assemblées qui facilite notamment l'obtention des *quorum* et qui permet à tous les actionnaires de participer indirectement et d'avoir de l'influence dans l'assemblée, dans laquelle la participation de chaque membre ayant droit serait difficilement envisageable.

Au-delà de ces exemples topiques, il est toutefois apparu que la distinction entre représentation nécessaire et représentation volontaire pouvait être interrogée à travers l'étude de certaines formes particulières de représentation.

Représentation volontaire et droit syndical

Dans le domaine du droit du travail italien, la représentation volontaire a constitué, depuis des décennies, le fondement sur lequel la théorie des effets juridiques des conventions collectives s'est construite.

En l'absence d'une intervention du législateur en la matière, ce concept a permis d'expliquer comment la convention collective pouvait produire des effets juridiques à l'égard de sujets autres que les parties signataires, en l'occurrence les travailleurs.

En reconstruisant, sur la base de la représentation volontaire, le rapport juridique entre l'organisation syndicale et les destinataires de son activité de négociation, le syndicat qui adhère à une convention collective agit au nom et pour le compte des travailleurs qui l'ont autorisé à les représenter, à travers un acte de volonté particulier : l'adhésion. L'adhésion à un syndicat est donc considérée comme l'acte constitutif de son pouvoir de représentation de l'intérêt collectif de ses adhérents au cours des négociations et de leur appliquer les actes juridiques qui en résultent.

Le fait de circonscrire les effets juridiques d'une convention collective aux seuls travailleurs qui sont membres des syndicats signataires conduit toutefois inévitablement à limiter le nombre de ses bénéficiaires. Dans le but d'étendre le champ d'application des conventions collectives, la jurisprudence, sans désavouer la théorie de la représentation volontaire, lui applique un ensemble de mécanismes correctifs qui ont peu à voir avec le droit privé duquel cette théorie est issue. Il en ressort donc la nécessité de s'éloigner des reconstructions formalistes et d'une conception civiliste de la représentation qui font obstacle à l'objectif du droit du travail qui est de protéger la communauté des travailleurs. La représentation volontaire, conçue pour le droit civil, n'atteint pas l'objectif de prendre en charge un intérêt collectif, qui ne peut être confondu avec le seul intérêt des adhérents.

C'est pour aller au-delà de la représentation volontaire que la question de la représentativité a dès lors été posée. Il s'agit, en droit italien, d'un concept métajuridique : il indique la capacité de représenter une collectivité de sujet porteurs d'un intérêt collectif unique et homogène. La collectivité ici est indéterminée, et donc est indéterminé le sujet duquel le syndicat est représentatif. Le concept de représentativité est utilisé en droit italien comme condition nécessaire parce que le syndicat peut accomplir certaines actions en défendant les intérêts collectifs des travailleurs. Parmi celles-ci la négociation collective, la constitution de représentation syndicale dans l'entreprise, ou encore le droit de réunion pendant les heures de travail.

En France, le problème posé par la négociation collective est d'autant plus perturbant au regard de notre problématique que le lien d'adhésion a disparu de l'équation. Le principe, en effet, est qu'une convention

collective est applicable à tous les salariés d'une entreprise lorsque le patron est partie à cet accord. Peu importe que le salarié soit membre de l'organisation syndicale signataire de la convention collective. Aucune manifestation, fût-elle indirecte, de volonté n'est nécessaire de la part du salarié. Un salarié est donc soumis à l'application d'une convention collective à la conclusion de laquelle il est resté, dans une large part, totalement étranger.

A cet égard, les craintes formulées concernant le droit italien se trouvent justifiées par l'évolution du droit français. Par l'avènement de la négociation dérogatoire à la loi, en particulier au niveau de l'entreprise. Également par la possibilité, par une convention d'entreprise, de détériorer les conditions de travail prévues par le contrat de travail. Notons que si l'acceptation du travailleur reste, dans ce dernier cas, indispensable (réintroduisant au passage une application inattendue de la théorie de la représentation volontaire), le refus du travailleur a des conséquences si graves qu'il en devient largement illusoire.

Les syndicats représentatifs ont ainsi acquis un pouvoir renforcé quant aux effets sur les salariés des accords collectifs qu'ils concluent avec l'employeur ou avec son représentant. Il a fallu, pour rendre ce pouvoir légitime, que la loi intervienne de l'extérieur en fixant des critères dits de « représentativité » de nature à renforcer le lien entre le syndicat et les salariés.

En prenant pour modèle la représentation politique, la loi a fait du score obtenu par une organisation syndicale dans l'entreprise la pierre de touche de la représentativité syndicale. Les élections professionnelles sont devenues l'événement qui, une fois tous les quatre ans, permet de jauger la capacité d'un syndicat à engager les travailleurs par l'accord collectif. Il y aurait beaucoup à dire sur le critère en lui-même et sur la comparaison entre « démocratie dans l'entreprise » et « démocratie politique ». Mais ce que l'on peut souligner, c'est le passage qu'opère la loi de l'expression de la volonté d'une majorité des travailleurs qui ont voté à la capacité pour un acteur, le syndicat professionnel, d'engager la totalité des travailleurs d'une entreprise par l'accord qu'il aura conclu avec leur employeur.

La représentation syndicale, pour ce qui est de la négociation et de la conclusion d'accords collectifs, constitue donc un modèle de représentation mixte. Le représenté n'est plus à l'origine de la représentation : il n'intervient plus que pour lui conférer, indirectement, une certaine légitimité.

Le principe même de représentativité disqualifie l'usage de la notion de représentation volontaire. Le mandat tel qu'il peut être entendu en droit civil ou même, dans sa conception extensive, en droit syndical italien, ne trouve plus à s'appliquer. La représentation syndicale et la manière dont elle est organisée en matière de négociation collective, met ainsi en lumière la faiblesse des analyses traditionnelles de la représentation lorsque les

contours du représenté sont insaisissables. L'intérêt de la profession, de la collectivité des travailleurs ou encore de la classe ouvrière, celles-ci étant dépourvues de personnalité juridique ou même de périmètre identifiable, pose des questions anciennes mais toujours d'actualité aux théories de la représentation. Il en est de même, sinon davantage, de la représentation des intérêts diffus.

La question posée par les intérêts « diffus »

La question des « intérêts diffus » est intimement liée à celle de la représentation de travailleurs dans le droit syndical, du fait de la difficulté d'attribuer une existence juridique à une collectivité. En effet les « intérêts diffus » peuvent être définis, de manière approximative, comme des intérêts dépourvus d'un titulaire unique, que l'on peut attribuer à une généralité de sujets, à un groupe qu'il est rarement possible de définir a priori. Le Conseil d'État italien a posé les termes du problème : il s'agit de rechercher « un critère de rattachement entre les intérêts [...] qui appartiennent [...] à toutes les composantes de la collectivité et les mécanismes procéduraux, qui exigent que l'action soit exécutée par un sujet du système bien identifié » (Conseil d'État n. 8683, 9 décembre 2010). Émerge alors la question de la représentation des intérêts homogènes dont on peut identifier plusieurs titulaires.

On peut identifier deux modèles pour construire, au-delà du rôle des sujets publics, la relevance juridique des intérêts diffus par rapport à la représentation. Une première option consiste à créer un sujet qui représente la collectivité, et avec elle les sujets porteurs de l'intérêt diffus. Dans un tel modèle, la défense des intérêts diffus et collectifs est prise en charge, d'un point de vue objectif, par des représentants reconnus légitimes pour cette tâche. Certaines associations devraient ainsi être considérés comme « *enti esponenziali* », et donc comme représentants de la collectivité porteuse de ces intérêts.

On trouve une application de ce modèle aux articles 13 et 18 de la loi italienne n. 349/1986 (d'impulsion européenne, adoptée en application des directives 337/1985 et 2003/35). L'article 13 prévoit en effet une procédure d'agrément par le Ministère de l'Environnement des associations de protection de l'environnement. L'article 18 autorise ces associations à intervenir dans les procès pour dommages causés à l'environnement et à former des recours devant la juridiction administrative pour annuler les actes illégitimes, dans le cas où certaines conditions sont réunies. Pour la protection des intérêts diffus, le législateur a donc mis en place ici la reconnaissance d'un sujet qui agit comme représentant des porteurs d'intérêts diffus et qui est identifié par le législateur dans une approche « top-down » : le lien entre représentant - les associations - et représenté

est très faible, notamment du fait de la médiation de l'État. Sur ce point, il est intéressant de relever que la jurisprudence majoritaire a interprété extensivement les règles qui prévoient la possibilité d'agir en justice des associations en vertu de l'article 13 de la loi 349/1986, en ne la limitant pas aux associations expressément identifiées par le législateur (voir notamment, Conseil d'État n. 182, 7/02/1996 ; Conseil d'État n. 1830, 23/04/2007 ; Conseil d'État n. 7907, 8/11/2010). A cette fin, les juges ont élaboré un certain nombre de conditions de recevabilité de l'action en justice des associations, parmi lesquelles la condition d'un niveau adéquat de représentativité par rapport à la collectivité.

Ce modèle a pu faire l'objet de critiques, en ce qu'il aurait pour effet de cacher la possibilité d'une déclinaison subjective de l'intérêt. A cet égard, la construction d'instruments juridiques permettant une expression des individus, avec également une fonction de contrôle du représentant, pourrait être envisagée.

Finalement, l'analyse du thème de la représentation par rapport à la protection d'un intérêt pouvant être rattaché à une collectivité non définie a priori permet, d'un côté, de souligner le risque de l'abandon d'un pouvoir discrétionnaire au représentant. Émerge donc l'opportunité de réfléchir autour de la possibilité de construire des mécanismes qui permettent le contrôle des sujets représentés - les membres de la collectivité - sur l'action du représentant, en prenant en compte les dangers résultant de la faiblesse des liens qui les unissent. En ce sens également, une réflexion sur la possibilité d'attribuer un rôle qui ne serait pas seulement passif aux membres de la collectivité considérée pourrait être menée, alliant ainsi opportunément représentation nécessaire et représentation volontaire.

Bibliographie

- AA. VV, *Actes du colloque Les équivoques d'une refondation. Critique de la loi Travail*, in *Revue de droit du travail*, 12, 2016.
- ALPA, "Interessi diffusi", in *Digesto delle discipline civilistiche*, 2014
- BERTI, *Interessi senza struttura (i cd. interessi diffusi)*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982.
- BIGLIAZZI GERI, *Traccia per un discorso sull'ambiente*, in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998.
- CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, 2006.
- PESKINE, *La célébration de l'accord collectif d'entreprise*, in *Droit social*, 5, 2014.
- BORENFREUND, *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, in *Droit social*, 9-10, 1991.

BORENFREUND, *Propos sur la représentativité syndicale*, in *Droit social*, 6, 1988.

GIGLIONI, « La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale », in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2015.

GRUNDMANN, *European Company Law*, Antwerpen, Oxford, 2007.

MARAZZA, "Dall'autoregolazione alla legge sindacale? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale", in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 209/2014.

PERSIANA, "Le vicende della rappresentanza e rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo", in *Arg. dir. lav.*, n. 3, 2017.

PESSI, "Rappresentanza e contrattazione collettiva : prospettive ricostruttive e possibili interventi del legislatore", in *Dir. merc. lav.*, n. 2, 2017.

RODOTÀ, "Le azioni a tutela di interessi collettivi", in *Atti del Convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976.

SCIUTO, "Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.", *Riv. Soc.*, 2014.