

Droit du travail et droits des travailleurs : le grand désarmement

par Isabelle MEYRAT, Maître de conférences HDR,
Université de Cergy-Pontoise (LEJEP)

PLAN

- I. Du désarmement du « salarié individu »...
 - A. Les voies du désarmement
 - B. Les raisons d'un nouvel agencement
- II. ... au désarmement du collectif
 - A. Un procédé inédit : « l'accord » sans négociation et sans représentation
 - B. Des transpositions problématiques

Pour Juliette. Encore une fois.

« Étape significative », « décisive » d'un changement progressif de modèle de droit du travail, les qualificatifs ne manquent pas pour décrire les réformes opérées par les ordonnances de l'automne 2017, complétées, voire corrigées, par une ordonnance du 20 décembre (1). Si tout – ou presque – semble déjà avoir été dit et écrit à leur sujet, il n'en demeure pas moins que la lecture combinée de plusieurs dispositions de l'ordonnance n° 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective laisse entrevoir une conception pour le moins singulière de l'articulation de l'individuel et du collectif. Certes, les rapports du contrat de travail et de l'accord collectif ont subi bien des secousses ces dernières années, et l'atténuation de la force obligatoire du contrat de travail constitue un mécanisme central des évolutions contemporaines du droit du travail. Toutefois, cette atténuation peut désormais s'affranchir non seulement du consentement du salarié à la modification de son contrat, mais aussi de la nécessité d'un authentique accord collectif négocié et conclu avec des représentants du personnel. En effet, selon l'article L. 2232-21 du Code du travail, « l'employeur peut proposer un projet d'accord sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise » (2), donc y compris un « accord » visant, aux termes de l'article L. 2254-2, à « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise (...) », dont « les stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ».

Si le mouvement de réhabilitation du contrat de travail, inauguré dans les années 80 (3), a été d'emblée contenu par différents mécanismes, le procédé forgé par les dispositions des articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail, couplé avec celles de l'article L. 2254-2, signe à la fois « l'enterrement du contrat » (4), c'est-à-dire le désarmement du « salarié individu » (5) (I), et le désarmement du collectif (II).

I. Du désarmement du « salarié individu »...

Quelle que soit la voie empruntée pour neutraliser la force obligatoire du contrat de travail (A), l'objectif est toujours d'affranchir les procédures de traitement des réorganisations du droit du licenciement économique et de les soustraire au regard du juge (B).

A. Les voies du désarmement

Le point est connu et a fait l'objet d'un traitement remarquable dans ces colonnes (6). Deux voies principales ont été empruntées pour neutraliser la force obligatoire du contrat et, par là même, la capacité

(1) Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et à mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

(2) Uniquement dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif est inférieur à vingt et un salariés

(3) Cass. Soc. 8 octobre 1987, n° 84-41.902, BC V n° 541 ; v. D. 1988, p. 57, n. Y. Saint-Jours.

(4) M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouv. 2012, p. 459.

(5) A. Jeammaud, « La place du salarié individu dans le droit français du travail » in Le droit collectif du travail. Études en l'hommage de Hélène Sinay, Peter Lang, 1994, p. 347.

(6) M. Fabre-Magnan, préc.

juridique qu'elle confère au salarié de résister aux évolutions défavorables du rapport d'emploi. La première consiste, par divers biais, à rattacher un élément du rapport d'emploi à la sphère du pouvoir de direction. La seconde tend à attribuer à l'accord collectif une force normative telle que ses dispositions se « substituent de plein droit » aux clauses contrares et incompatibles du contrat de travail.

1. La voie du rattachement

Le rattachement procède d'abord du mécanisme des clauses de variation du contrat de travail (clauses de mobilité et de variation de la rémunération), qui habilite l'employeur à changer le lieu de travail ou à faire varier la rémunération du salarié sans être tenu de requérir son accord. En effet, la clause de variation a pour effet de déplacer un élément du rapport d'emploi dans le champ du pouvoir de direction et de le soustraire au régime de la modification du contrat. La technique contractuelle se trouve ainsi, de manière paradoxale, mobilisée au service d'un élargissement de la sphère du pouvoir de direction de l'employeur. « *Le renouveau du contrat de travail* » a donc été d'emblée tempéré par l'admission des clauses de variation, bornées seulement, dans leur validité, par l'interdiction des clauses potestatives et, dans leur mise en oeuvre, par les droits fondamentaux.

Le rattachement d'un élément du rapport d'emploi au pouvoir de direction peut également procéder d'une disposition législative. Ce procédé a été introduit par l'article 30-2 de la loi du 19 janvier 2000, selon lequel « *la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat* ». Il a été de nouveau mobilisé par une loi du 22 mars 2012 (7) pour tenir en échec la qualification jurisprudentielle de modification du contrat appliquée au changement provoqué par un accord de modulation du temps de travail (8). L'exclusion légale de la modulation conventionnelle du temps de travail du domaine de la modification du contrat permet donc à l'employeur d'imposer aux salariés des changements de rythme et d'échapper, dans l'hypothèse d'un refus, à l'application du droit du licenciement économique. Le procédé a néanmoins reçu l'onction du Conseil constitutionnel (9). Écartant le

grief tiré de l'atteinte à la liberté contractuelle, celui-ci a cru pouvoir déceler un « *motif d'intérêt général* » justifiant la restriction de la liberté contractuelle dans la nécessité de « *permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise* ». Et d'ajouter que « *cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif* ». Si la force obligatoire du contrat et la règle de non-incorporation ne sont d'aucun secours face à la légitimité dont se trouve paré l'accord collectif, « *l'existence* » d'un tel accord apparaît tout de même comme la condition *sine qua non* (« *cette possibilité est subordonnée à l'existence d'un accord collectif* ») pour que l'employeur soit dispensé de recueillir l'accord du salarié.

Poursuivant dans la voie du « *recul de la capacité de résistance des salariés* » (10) à la mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail supérieur à la semaine, la Chambre sociale n'a pas craint d'affirmer qu'« *en l'absence d'accord collectif prévu par l'article L. 3122-2 du Code du travail (issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008), l'article D. 3122-7-1 du Code du travail donne la possibilité à l'employeur d'organiser la durée du travail sous forme de périodes de travail et d'imposer unilatéralement la répartition du travail sur une période n'excédant pas quatre semaines* ». Et, de censurer une Cour d'appel qui, sur demande d'une organisation syndicale, avait ordonné à l'employeur d'organiser le temps de travail par semaine civile, « *à défaut d'accord individuel des salariés ou d'accord collectif* » (11). Que l'employeur soit habilité par la loi à mettre en place un dispositif de modulation du temps de travail sans passer par la négociation d'un accord collectif est une chose (certes discutable), que cette habilitation le dispense de recueillir l'accord des salariés concernés au prétexte que le changement induit par cette nouvelle organisation du temps de travail n'opérerait pas une modification du contrat en est une autre (encore plus discutable). En effet, l'article D. 3122-7-1 issu du décret d'application de la loi du 20 août 2008 (12) (en vigueur lors de la mise en place du dispositif d'aménagement du temps de travail) prévoyait « *seulement* » la possibilité d'organiser une modulation du temps de travail sur quatre semaines au plus, mais certainement pas

(7) Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ayant introduit dans le Code du travail un article (désormais) L. 3121-43 selon lequel « *la mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat pour les salariés à temps complet* ».

(8) Cass. Soc. 28 septembre 2010, n° 08-43.161.

(9) Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 sur la loi relative à la simplification du droit.

(10) F. Canut, « *Aménagement unilatéral du temps de travail : nouveau recul de la capacité de résistance des salariés* », RDT 2016, p. 571.

(11) Cass. Soc. 11 mai 2016, n° 15-10.025.

(12) Les dispositions législatives et réglementaires offrant à l'employeur la possibilité de mettre en place une répartition de la durée du travail sur une période pouvant aller désormais jusqu'à neuf semaines ont été déplacées, par la loi du 8 août 2016, vers les dispositions dites « *supplétives* » mais leur rédaction est demeurée intacte.

de « *l'imposer unilatéralement* », comme l'affirme la Chambre sociale.

2. La voie de la substitution

Avec l'avènement des accords dits de « *compétitivité* » (13), c'est un autre procédé de neutralisation de la force obligatoire du contrat de travail qui a vu le jour. En effet, il ne s'agit plus de rattacher une composante du rapport d'emploi au champ du pouvoir de direction, mais de conférer à l'accord collectif une force normative telle que ses dispositions (14) « *se substituent de plein droit* » aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. La reconnaissance d'une aptitude des dispositions d'un accord collectif – serait-il majoritaire – à se substituer « *de plein droit* » aux clauses plus favorables du contrat de travail constitue, sans doute, l'une des marques les plus emblématiques de l'effacement de l'ordre public social, et plus généralement de la métamorphose du « *régime des sources des règles de droit ordonnant les relations du travail* » (15). En effet, « *classiquement* », le mécanisme de « *l'effet impératif* » de l'accord collectif à l'égard du contrat de travail, que décrit sans le nommer l'article L. 2254-1 du Code du travail, se conjugue avec l'effet automatique pour permettre à ses dispositions de se substituer aux clauses moins favorables du contrat. Mais substitution ne signifiant pas modification du contrat, la mise à l'écart des clauses moins favorables du contrat est provisoire et sa durée se confond avec la durée d'application de l'accord. Dès lors que ce dernier cesse de s'appliquer, « *il n'en résulte aucune modification des contrats de travail* » (16). En effet, l'agencement des rapports du contrat de travail et de l'accord collectif repose sur ce qu'il est convenu d'appeler la règle de non-incorporation des dispositions du second au premier. Or, le modèle d'articulation de l'accord dit de « *compétitivité* » avec le contrat de travail, que donne à voir l'article L. 2254-2 issu de l'ordonnance n° 2017-1385, est tout autre (17). L'effet impératif ne s'entend plus d'une substitution provisoire des dispositions

conventionnelles aux stipulations moins favorables du contrat de travail. Il s'étend aux dispositions de l'accord ayant pour objet l'aménagement de « *la durée du travail* », de « *ses modalités d'organisation et de répartition* », « *la rémunération* » (certes, « *dans le respect du SMIC et des salaires minima conventionnels* »!) et « *les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». Ainsi, sous couvert de « *répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise* » (18) et sous réserve que ses « *objectifs* » soient définis dans son préambule, un accord (en principe collectif) peut désormais moduler « *l'ensemble des variables du rapport d'emploi dont notre système de droit autorise les contractants à convenir et qu'il répute, dans le silence des parties ou de leurs documents contractuels, fixés par leur accord* » (19). L'impératif de justification qui a progressivement creusé son sillon pour assujettir l'exercice du pouvoir à une explicitation des choix et circonscrire les « *raisons admissibles de mettre en cause l'emploi ou le contrat* » (20) en sort sérieusement amoindri. Mais, surtout, la référence pour le moins laconique aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » est susceptible d'accueillir toutes sortes de raisons que la simple exigence d'une définition des objectifs de l'accord dans le préambule de l'accord n'est certainement pas de nature à restreindre. Selon les thuriféraires de la réforme (21), « *il suffira d'invoquer des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi pour qu'un tel accord soit valablement conclu, sans que l'entreprise doive nécessairement connaître des difficultés économiques (...)* » et d'ajouter que « *les différentes brides, qui devaient être associées à la signature d'un accord de maintien de l'emploi et qui en avaient affecté le succès, n'existent plus* ».

Le modèle conventionnel agencé par les dispositions de l'article L. 2254-2 ne s'éloigne pas seulement du modèle « classique ». Il s'éloigne également du modèle de l'accord transactionnel, communément désigné par l'expression d'accord « *donnant-*

(13) Selon l'expression consacrée par le Conseil constitutionnel lui-même dans sa décision relative à loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social (décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017).

(14) L'article L. 5125-1 du Code du travail issu de la loi du 14 juin 2013, révisé par la loi du 6 août 2015, puis abrogé par l'ordonnance n° 2017-1385, prévoyait que « *lorsque plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail...* ».

(15) A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », préc.

(16) Cass. Soc. 17 mars 1993, n° 91-45.184 ; v. Dr. Soc. 1993, p. 464.

(17) V. P. Lokiec, « Accord collectif et contrat de travail », Dr. Soc. 2017, p. 1024.

(18) Il convient de souligner la proximité de la formule « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » avec celle de « *nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise* » mentionnée à l'article

L. 1321-2-1 du Code du travail. Introduite par la loi du 8 août 2016, cette référence aux « *nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise* » constitue la transcription fidèle des termes employés à l'article 6 du « *Rapport du comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail* » (« *la liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* »).

(19) A. Jeammaud, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », préc.

(20) A. Lyon-Caen, « La procédure au cœur du droit du licenciement économique », Dr. Ouv. 2002, p. 161.

(21) J. Barthélémy et G. Cette, « Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse articulation », Dr. Soc. 2018, p. 70.

donnant », dans la mesure où sa validité et son opposabilité aux salariés ne sont nullement conditionnées par un engagement de l'employeur ou un quelconque objectif à atteindre en termes d'emploi. En d'autres termes, aucune contrepartie au renoncement des salariés aux clauses plus favorables de leur contrat de travail n'est exigée de l'employeur.

Au-delà de la philosophie qui l'inspire, ce dispositif – à supposer que « *les acteurs du dialogue social* » s'en saisissent – suscite bien des questions. Doit-on, par exemple, considérer que les dispositions d'un tel accord, qui se « *substituent de plein droit* » aux clauses contraires du contrat de travail, s'intègrent à celui-ci et subsistent, en définitive, « *un processus de contractualisation* » (22) ? La question se posait déjà sous l'empire de l'énoncé de l'article L.2254-2 du Code du travail issu la loi du 8 août 2016. Elle renvoie à la distinction entre substitution et modification du contrat. Si, encore une fois, dans le modèle « classique », l'accord collectif n'opère pas modification du contrat, mais seulement substitution, il en va autrement avec les accords dits de « *compétitivité* ». En effet, selon les termes de l'article L.2254-2 III, « *le salarié peut refuser la modification de son contrat résultant de l'application de l'accord* ». C'est pourquoi, dans ce cas précis, les dispositions conventionnelles opèrent modification du contrat bien plus qu'elles ne produisent, à proprement parler, un effet de substitution. Entre substitution des dispositions conventionnelles et modification du contrat, la confusion est patente. Et cette confusion ne brouille pas seulement le mécanisme classique d'articulation de la norme conventionnelle et du contrat de travail dont découle la règle de non-incorporation. Elle contribue à creuser la distance avec le droit commun des contrats, brandi par ailleurs pour justifier la remise en cause d'une jurisprudence favorable au salarié (23). Ainsi, la « *cure civiliste* » que des auteurs préconisent d'administrer au droit du travail semble s'arrêter au seuil de la force obligatoire du contrat, pourtant consacrée parmi les dispositions liminaires du Code civil (24) relatives au contrat et de l'exigence d'une contrepartie dans les contrats à titre onéreux au sens de l'article 1169 du même code.

B. Les raisons d'un nouvel agencement

Mise à l'écart du droit du licenciement économique et restriction de l'office du juge (25) constituent les raisons bien connues de ce processus de réagencement des rapports de l'accord collectif et du contrat de travail. Toutefois, les dispositions de l'article L. 2254-2, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1385, font franchir à l'éviction des règles du licenciement économique une nouvelle étape. En effet, le nouveau texte est expurgé de toute référence au caractère économique du licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter l'application de l'accord. L'employeur est seulement tenu d'accomplir la procédure de licenciement (entretien préalable, notification du licenciement), de verser au salarié les indemnités de licenciement et, s'il y a lieu, de préavis, de lui remettre un certificat de travail, ainsi que le reçu pour solde de tout compte. Le maigre dispositif du parcours d'accompagnement personnalisé instauré par la loi du 8 août 2016 dans le cadre des accords de préservation ou de développement de l'emploi est supprimé. L'ambition de restreindre l'emprise du licenciement économique n'est pas nouvelle. Elle s'est d'abord incarnée dans la condamnation de la « jurisprudence *Framatome-Majorette* par la loi du 18 janvier 2005 (26). Si le chemin parcouru en l'espace d'une décennie est édifiant, cette condamnation amorçait une évolution du traitement des réorganisations affranchi du droit du licenciement économique. En décrochant partiellement du régime des grands licenciements collectifs les réorganisations opérées au moyen d'une modification des contrats de travail, la loi de 2005 refermait un chapitre ouvert dix ans plus tôt par la Chambre sociale (27). En effet, la soustraction des propositions de modification des contrats de travail à la procédure des grands licenciements collectifs allait inexorablement conduire à une différenciation des régimes applicables aux projets de réorganisation en fonction de leurs modalités d'exécution et à « *concevoir de manière séparée et différente suppression d'emploi et modification, pour motif économique, d'un contrat* » (28). Or, parce que l'emploi est irréductible au travail, c'est-à-dire à un contenu d'activité, et comporte les « *conditions d'exercice de*

(22) G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. Ouv. 1997, p. 514.

(23) « G. Loiseau et A. Martinon, « Un droit du travail civilisé », Cahiers sociaux, n° 300, octobre 2017. Pour une autre « lecture » des rapports entre droit des contrats et droit du travail, v. M. Fabre-Magnan, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », Sem. Soc. Lamy, n° 1715.

(24) Selon l'article 1103 du Code civil, « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

(25) F. Batard et M. Grévy, « *Securitas omnia corrumpit* », RDT 2017, p. 663 ; M. Grévy et P. Henriot, « Le juge, ce gêneur », RDT 2013, p. 173.

(26) V. « Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification des contrats de travail pour motif économique », Dr. Ouv. 2005, p. 296.

(27) Cass. Soc. 3 décembre 1996, n°s 95-17.352 et 95-20.360, BC V n° 411 ; v. RJS 1/97, n° 24, concl. P. Lyon-Caen, p. 12 ; Dr. Soc. 1997, p. 24, rapport de Ph. Waquet, p. 18. Y. Chagny, « La jurisprudence *Framatome-Majorette* : les derniers feux ? », Dr. Soc. 2005, p. 556.

(28) A. Lyon-Caen, « Actualité de la modification », Dr. Ouv. 1996, p. 87.

cette activité » (une durée et un horaire de travail, une rémunération, un lieu de travail, une qualification) définies par le contrat, la distinction entre les mesures de suppression ou de transformation d'emploi et les mesures de modification des contrats de travail n'est que pur artifice. Si un changement de lieu de travail ou une réduction de la rémunération affecte le contrat, il n'en affecte pas moins les conditions d'exercice de l'emploi du salarié. Il n'y a donc aucune raison de ne pas assujettir les modifications des contrats de travail au régime que commande l'opération de réorganisation dans laquelle elles s'inscrivent. Sans cesse accentuée, cette logique d'éclatement du traitement juridique des réorganisations a conduit à une disponibilité presque totale des registres de gestion de l'emploi en fonction de la présentation de son projet

par l'employeur. La technique conventionnelle a été mobilisée au soutien de cette mise à l'écart du droit du licenciement économique. D'abord avec les accords de *gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*, ensuite avec les accords dits de « *compétitivité* » et, désormais, avec les accords « *portant rupture conventionnelle collective* ». Si l'éviction du droit du licenciement économique au profit de la création d'une mosaïque de régimes conventionnels de réorganisation puise sa justification dans la légitimité prêtée à l'accord collectif, cette légitimité conventionnelle a justifié, à son tour, l'idée d'une « *pré-constitution* » (29) ou d'une « *pré-justification* » (30) de la cause réelle et sérieuse de licenciement et, par conséquent, l'éviction de tout contrôle du juge, « *ce gêneur* » (31), sur le motif du licenciement.

II. ... au désarmement du collectif

L'ombre du collectif plane comme ultime justification du désarmement de la capacité juridique de résistance du salarié aux évolutions défavorables du rapport d'emploi. En effet, c'est au nom de l'intérêt collectif (général ?) qui s'incarne dans le maintien ou le développement de l'emploi que l'intérêt individuel est prié de s'incliner. C'est encore au nom du collectif, précisément de la légitimité supposée de la norme conventionnelle, que le contrôle du juge sur la justification du licenciement est mis en sourdine et que sont évincées les garanties attachées au droit du licenciement économique. Force est pourtant de constater que les dispositions des articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail livrent de ce collectif une expression des plus frustrées avec le procédé de « *l'accord* » « *sans négociation* » (32) et sans représentation, dont la validité est assurée au travers d'un processus de « *ratification* » ou d'approbation par le personnel (A). Ce nouveau dispositif illustre une certaine tendance à emprunter des catégories ou des modèles forgés par d'autres branches du droit pour les transposer au droit du travail (B).

A. Un procédé inédit : « l'accord » sans négociation et sans représentation

Si le droit à la négociation collective s'entend de « *la reconnaissance d'un pouvoir social et juridique conféré*

aux salariés par l'intermédiaire de leurs délégués face au pouvoir de direction de l'employeur » (33) et a, chemin faisant, permis « *d'accueillir le procédé de l'accord d'entreprise, en le rattachant au droit des conventions collectives* » (34), le dispositif instauré par les articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail introduit une rupture d'ampleur inédite dans la conception française du droit de la négociation collective.

Certes, la diversification des agents d'exercice de la négociation collective au niveau de l'entreprise, initiée par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, a consommé la césure entre le droit des salariés à la négociation collective et le mouvement syndical. En effet, l'habilitation des représentants élus du personnel et de salariés mandatés à conclure des accords collectifs – pour l'essentiel des accords dits « *dérogatoires* » – a contribué ou, plutôt, accentué un processus de dénaturation du droit à la négociation collective. Des négociateurs dépourvus d'une authentique assise syndicale et dont on attend surtout qu'ils « *signent* » un accord octroyant davantage de souplesse dans l'organisation du travail. Toutefois – et quoi que l'on pense de cette négociation déséquilibrée aux finalités rétrécies (35) – la compatibilité des accords conclus avec des représentants élus ou des salariés mandatés

(29) E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », RDT 2013, p. 168.

(30) J. Icard, « Les contours de la pré-justification conventionnelle du motif de licenciement », Cahiers sociaux, n° 302, p. 46.

(31) M. Grévy et P. Henriot, « Le juge, ce gêneur », RDT 2013, p. 173.

(32) P. Adam, « La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », SSL, n° 1790, p. 52.

(33) M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « La négociation collective entre désillusions et illusions », in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz 2001, p. 181.

(34) M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « La négociation collective entre désillusion et illusions », préc.

(35) V. M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « La négociation collective entre désillusion et illusions », préc.

avec « *le droit constitutionnel de participation* » (36) a été admise par le Conseil constitutionnel, sous réserve que soient préservées les garanties d'exercice qui s'attachent à la reconnaissance de tout principe ou droit constitutionnel, et à défaut desquelles ces derniers relèvent d'un registre purement incantatoire. S'agissant du droit de participation, ces garanties s'entendent de « *la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes conduites à conclure ces accords l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à l'employeur* » (37). Dans une décision antérieure (38), le Conseil avait estimé que « *le respect du principe de participation implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* ». La conception que le Conseil constitutionnel semble retenir du droit de participation des travailleurs s'accorde avec les termes de l'énoncé de l'alinéa 8 du Préambule, selon lesquels « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». En effet, le droit de participation s'exerce par l'intermédiaire de représentants des salariés, soit désignés ou mandatés par les organisations syndicales représentatives, soit élus par le personnel. Ces derniers doivent être dotés, d'abord, de certains moyens, tels que l'information et le temps, leur permettant d'exercer utilement leur mission dans l'intérêt de la collectivité des travailleurs qu'ils représentent et qu'ils engagent à travers leur signature, ensuite, d'un statut destiné à préserver leur indépendance à l'égard de l'employeur. Et c'est précisément cette indépendance conférée par leur statut qui est censée garantir l'authenticité de la négociation (39). Cette conception du droit de participation ne semble pas démentie par une décision récente (40) rendue à propos d'une QPC portant sur la constitutionnalité de plusieurs dispositions (41) du Code du travail (et du Code rural et de la pêche

maritime !) relatives aux modalités d'approbation par les salariés d'un accord « minoritaire » ou conclu, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, par un représentant élu du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel, un délégué du personnel mandaté ou, à défaut, un salarié mandaté. Pour être elliptique, la formule du Conseil constitutionnel, selon laquelle « *la consultation des salariés (mentionnée par les dispositions contestées) porte sur un accord d'entreprise ou d'établissement signé, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, par un représentant élu du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel, par un délégué du personnel mandaté ou, à défaut, par un salarié mandaté* », n'en suggère pas moins qu'un accord collectif, pour mériter cette qualification et produire les effets qui en découlent, doit être « *signé* » par un représentant des salariés (élu ou mandaté). En indiquant que « *les dispositions contestées* » de la loi d'habilitation (42) « *concernent seulement la validation d'un accord déjà conclu et ne sont, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à la liberté syndicale et au principe de participation à la détermination collective des conditions de travail* », le Conseil constitutionnel n'infirme pas, là non plus, la lecture selon laquelle l'exercice du principe de participation est dévolu à des représentants des salariés dotés de moyens et d'un statut. C'est pourquoi le dispositif institué par l'article L.2232-21 du Code du travail, permettant à l'employeur de « *proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise* », conduit à rappeler quelques évidences que – en dépit du processus de « *flexibilisation des conditions d'utilisation de la main-d'œuvre* » (43) – l'on croyait pourtant bien ancrées, y compris dans les esprits les plus réformateurs. En effet, à l'instar des droits qu'il abrite – droit à la négociation collective et droit à ou de représentation – le droit de participation est un droit des travailleurs qui s'exerce par l'intermédiaire de leurs représentants syndicaux ou, à tout le

(36) A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », RDT 2007, p.84 ; I. Odoul-Asorey, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », Dr. Soc. 2014, p.356 ; de la même auteure, « La négociation collective, confortée par le principe de participation ? », Dr. Soc. 2015, p.987.

(37) Décision n°96-383 DC du 6 novembre 1996.

(38) Décision n°93-328 DC du 16 décembre 1993.

(39) L'indépendance du syndicat à l'égard de l'employeur a d'ailleurs été au cœur de la réflexion sur la représentativité syndicale. Ainsi que l'écrit M. J.-M. Verdier : « *L'indépendance à l'égard du ou des employeurs, particulièrement importante pour la représentativité au niveau de l'entreprise (...) constitue à la réflexion l'idée maîtresse, le substrat implicite du système français de représentativité et par conséquent la condition fondamentale*

d'aptitude à celle-ci. On pourrait presque dire que toute la philosophie du droit syndical français se concentre dans cette exigence ». « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », Mélanges offerts à André Brun, 1974, p. 751.

(40) Décision n°2017-664 QPC du 20 octobre 2017.

(41) Dispositions abrogées ou modifiées par l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017.

(42) Il s'agissait de l'article 1^{er} -2° b) autorisant le Gouvernement à prendre des mesures « *facilitant le recours à la consultation des salariés pour valider un accord, à l'initiative d'un syndicat représentatif dans l'entreprise, de l'employeur ou sur leur proposition conjointe* ».

(43) A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Dr. Soc. 1998, p.211.

moins (44), élus ou mandatés par une organisation syndicale représentative. Un *droit individuel d'exercice collectif* (45), c'est-à-dire un droit ayant pour titulaire chaque travailleur « *salarié individu* » (46) et dont la mise en œuvre incombe à ses représentants. C'est, en effet, l'inégalité juridique des parties au contrat de travail qui, dans tous les régimes démocratiques, a donné naissance au « collectif ». Pour le dire autrement, « *la conversion de la force en droit suppose qu'un équilibre soit opéré entre, d'une part, l'action économique des entrepreneurs qui ont besoin du travail des hommes pour créer de la valeur et, d'autre part, l'action collective des travailleurs qui s'unissent pour défendre leurs intérêts professionnels. Dès lors que l'action des uns se trouve fondée par le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, l'action des autres doit être garantie par un triple droit à la représentation, l'action et la négociation collective. C'est ce jeu de poids et de contrepoids entre action économique des entrepreneurs et action collective des salariés qui a constitué le véritable moteur du droit du travail et lui a permis tout à la fois de guider les transformations du monde du travail et d'être guidé par elles. Encore faut-il que l'action collective puisse peser effectivement et efficacement. Pour qu'elle pèse effectivement, il ne suffit pas que les travailleurs puissent négocier par l'intermédiaire de leurs représentants ; il faut aussi qu'ils puissent faire pression sur les employeurs. Autrement dit, l'action, la représentation et la négociation forment un tout indissociable et il est vain d'espérer asseoir durablement un système de relations collectives sur un droit qui ignorerait l'une ou l'autre de ces dimensions* » (47). On croirait ces lignes écrites pour le procédé agencé par les dispositions des articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail (48). En effet, ces dernières attribuent la qualité juridique d'« accord » (sans adjectif !) à une proposition de l'employeur (49) approuvée (50) à la majorité des deux tiers du personnel, susceptible de porter « *sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation*

collective d'entreprise ». A priori, rien ne s'oppose à ce que l'employeur propose un accord dit de *compétitivité*, dont « *les stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* », voire un *accord portant rupture conventionnelle collective* conclu en application des articles L.1237-19 et suivants du Code du travail. Outre le fait que « le législateur » se paye de mots en qualifiant d'accord ce qui relève du registre unilatéral (51), la vision appauvrie que ces dispositions livrent du collectif – une consultation du personnel – est aux antipodes de la conception des relations collectives forgée par le droit républicain du travail. En effet, ces relations dites *collectives* ou *professionnelles* sont irréductibles à une juxtaposition de volontés individuelles. Refuser de considérer les relations collectives comme une juxtaposition de relations individuelles, ce n'est pas dire que la défense des intérêts individuels n'entre pas dans le champ de l'action collective, en particulier de l'action syndicale. C'est seulement signifier que leur expression se trouve médiatisée par des représentants réputés porter un intérêt collectif. C'est cette idée que restitue la formule synthétique de l'article L. 2312-8 du Code du travail, selon laquelle le comité social et économique (52) « *a pour mission d'assurer une expression collective des salariés* » (53). En d'autres termes, les relations collectives prennent appui sur des procédés légaux de défense et de représentation de l'intérêt collectif, non exclusifs de la défense des droits et des intérêts individuels (54), mais que l'on ne peut ramener à une somme de volontés individuelles. À l'aune du rappel de ces quelques évidences, l'encre des cabinets ministériels ne manque pas d'une certaine audace pour affirmer que « *le droit à la négociation des petites et moyennes entreprises sera universel : il portera sur tous les sujets ouverts à la négociation. Avec cette réforme, toutes les entreprises de notre pays, quel que soit le nombre de leurs salariés, auront donc un accès direct et simple à la négociation, qui est au cœur de ce projet. La réforme traite plus spécifiquement encore la réalité des*

(44) Décision n°96-383 DC du 6 novembre 1996. Pour le Conseil constitutionnel, la « *vocation naturelle des syndicats à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* », découlant de la combinaison de la liberté syndicale et du principe de participation, ne leur attribue pas « *un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* ». C'est pourquoi « *des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* ».

(45) A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », Dr. Soc. 1990, p. 485.

(46) A. Jeammaud, « La place du salarié individu dans le droit français du travail » in *Le droit collectif du travail. Études en l'hommage de Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 347.

(47) A. Supiot, « Revisiter les droits d'action collective », Dr. Soc. 2001, p. 687.

(48) Issues de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385.

(49) « *L'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés* ».

(50) On notera le changement terminologique opéré par l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, qui a remplacé le terme « *ratifier* », mentionné à l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385, par le terme « *approuver* ».

(51) V. La critique de M.-L. Morin, « Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », Dr. Ouv. 2017, p. 590.

(52) Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

(53) Selon les termes de l'article L. 2321-8 du Code du travail relatif aux attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

(54) L'article L. 2131-1 du Code du travail assigne pour objet aux syndicats « *l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels des personnes mentionnées dans leurs statuts* ».

très petites entreprises, qui n'ont ni délégué syndical, ni élu pour négocier. Un employeur d'une très petite entreprise aura désormais la possibilité de négocier directement avec ses salariés sur tous les sujets. Les très petites entreprises bénéficieront ainsi des mêmes souplesses, des mêmes capacités d'adaptation du droit que les grandes entreprises : rémunération, temps de travail, organisation du travail, tout cela pourra être directement négocié par le chef d'entreprise (55) avec ses salariés. Ceux-ci auront la garantie de pouvoir prendre connaissance du projet d'accord qui leur est soumis et pourront s'adresser aux organisations syndicales départementales s'ils le souhaitent pour se forger leur opinion avant la consultation. L'accord sera validé si les deux tiers des salariés l'approuvent. Cette possibilité ne sera pas limitée aux entreprises de moins de 11 salariés, mais sera ouverte à toutes les entreprises de moins de 20 salariés qui n'ont pas d'élu du personnel » (56).

On reconnaîtra, au moins, à ces propos le mérite d'une certaine netteté. En cela, ils marquent une rupture avec les discours invoquant l'emploi (son maintien ou son développement) comme justification des changements apportés au droit du travail. L'emploi comme objectif justifiant l'altération des garanties attachées à l'emploi comme état disparaît des discours officiels. Il n'est désormais question que de « souplesse » et de « capacités d'adaptation ». Et le droit à la négociation collective est ouvertement conçu comme un « droit (universel) des entreprises » et non plus comme un droit des salariés (57). Quant à ces derniers, ils n'ont qu'à « s'adresser (s'ils le souhaitent) aux organisations syndicales départementales » dans le délai de quinze jours entre la communication du projet et l'organisation de la consultation.

B. Des transpositions problématiques

Comment ne pas être frappé par une certaine tendance du « réformisme libéral » (58) à transposer, dans le langage du droit du travail, des catégories

inspirées du modèle de la démocratie politique ou du contrat civiliste ? Cette transposition livre, en retour, une représentation déformée, pour ne pas dire grossière, des rapports agencés par le droit du travail.

L'essor des modes de rupture du contrat de travail reposant sur la volonté du salarié illustre, de manière éclatante, cette propension des pouvoirs publics et des acteurs de la négociation collective interprofessionnelle à instrumentaliser des catégories qui, pour n'en occuper pas moins une certaine place en droit du travail, relèvent, en l'occurrence, d'un véritable contresens. « Plan de départs volontaires », « rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective », autant de dispositifs qui prennent appui sur la rhétorique de la volonté pour justifier l'évincement des garanties attachées à la procédure de grand licenciement économique collectif. Pourtant, le voile de la volonté, c'est-à-dire « la fausse transparence du consentement » (59), est impuissant à masquer le caractère unilatéral d'une initiative de réorganisation (60). Sur un autre terrain, celui du temps de travail, la volonté est également convoquée pour justifier des dérogations au repos dominical (61). L'écueil des dispositifs adossés sur la volonté ou le consentement du salarié à des situations ou à des dispositions défavorables réside dans l'éviction de la question du pouvoir dans sa dimension « prérogative juridique » (62), lequel innerve l'ensemble du droit du travail et se manifeste dans le « privilège de la décision exécutoire » (63).

Emblématiques d'une transposition simplificatrice du modèle de la démocratie politique aux rapports de travail, les mécanismes d'approbation ou de ratification des accords collectifs ont été institués à partir du moment où la loi (64) a habilité d'autres d'agents que les syndicats représentatifs à négocier et à conclure des accords collectifs de travail. Avec les dispositions des articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail, cette transposition, que l'emploi du terme « ratification » (65) vient conforter, atteint son paroxysme

(55) On notera également le retour du « chef d'entreprise » aux lieu et place du terme « employeur », pourtant généralisé depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2008, du nouveau Code du travail.

(56) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

(57) Sur le passage, autant dire le changement progressif de statut, du droit de la négociation collective d'un droit des salariés à un droit des entreprises, se reporter aux analyses lumineuses de M.-A. Souriac et G. Borenfreund (« La négociation collective entre désillusion et illusions », préc.).

(58) C. Didry, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, La dispute 2016, p. 10.

(59) F. Lordon, *Capitalisme, désir et servitude. Marx et Spinoza*. La Fabrique, 2010.

(60) M. Bonnechère, « Les plans de départs volontaires », Dr. Ouv. 2010, p. 229 ; R. Dalmaso, « La rupture conventionnelle collective :

une chimère ? », Dr. Ouv. 2017, p. 649 ; I. Meyrat, « Le régime du licenciement économique à l'épreuve des plans de départs volontaires », Dr. Ouv. 2009, p. 543 ;

(61) Selon l'article L. 3132-25-4, « seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord par écrit peuvent travailler le dimanche ».

(62) A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit », Sem. Soc. Lamy 2008, p. 15.

(63) R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996.

(64) Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.

(65) Qui subsiste dans le titre du paragraphe « Modalités de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés ».

puisque « *la consultation du personnel* » porte sur un projet de l'employeur soustrait à toute négociation avec des représentants des salariés. Sans doute, la réforme des modes d'acquisition de la représentativité syndicale par la loi du 20 août 2008, en érigeant l'audience électorale parmi les critères d'appréciation de la représentativité, a-t-elle favorisé une certaine dérive, que l'on pourrait être tenté, si le mot n'était autant galvaudé, de qualifier de « *populiste* ». La formule consacrée par la Chambre sociale (66) pour justifier le repli de l'exigence d'égalité de traitement, selon laquelle « *les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* », illustre cette valorisation du vote, laquelle peut opérer au détriment non seulement des institutions de représentation du personnel, mais aussi des principes fondamentaux. L'emprunt au modèle de la démocratie politique des mécanismes d'approbation ou de ratification par le personnel d'accords collectifs, dont l'orientation générale repose sur le renoncement (*a fortiori* des accords sans négociation et sans collectif digne de ce nom), soulève deux séries de difficultés. D'abord, d'un point de vue juridique, dans une démocratie politique, le suffrage universel est une modalité ou une condition d'exercice de la souveraineté dont le peuple (souveraineté populaire) ou la nation (souveraineté nationale) est le titulaire légitime. Or, si « *la souveraineté signifie le pouvoir exclusif de son titulaire de composer ou de modifier l'ordre juridique* » (67), l'introduction d'un mécanisme d'approbation (lequel se rapporte aux conditions d'exercice de la souveraineté) des accords collectifs par les salariés est le signe d'une conception erronée de la démocratie politique et des rapports de travail salarié. En effet, dans l'entreprise, le personnel n'est pas le titulaire de la souveraineté. Tout au plus est-il associé, par le biais de la négociation collective et des procédures d'information et de consultation, au processus décisionnel concernant l'emploi.

Ensuite, d'un point de vue de sociologie politique (68), dans un régime fondé sur la représentation politique, « *l'assemblée est moins l'espace où s'élabore la décision que l'arène dans laquelle sa justification est mise à l'épreuve* ». C'est pourquoi, « *une*

mesure quelconque ne peut acquérir une valeur de décision que si elle a emporté le consentement de la majorité à l'issue d'une discussion » (69). Cette lecture du régime représentatif rappelle l'importance de la discussion collective dans le processus d'élaboration de la décision publique, seule à même de lui conférer une certaine légitimité. Dans ces conditions, comment ne pas qualifier de simulacre de « *démocratie sociale* » (70) la consultation du personnel sur un projet d'« *accord* » (71), soustrait à toute négociation, et donc à toute « *épreuve de la discussion* », et dont l'unique condition procédurale réside dans la communication du projet à chaque salarié ?

Face à ce dévoiement des concepts, on peut légitimement se demander si la « *médiocrité* » (72), reprochée aux rédacteurs de la saisine contre la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, ne concerne pas, d'abord et avant tout, cette ingénierie juridique au service d'une conception algorithmique du droit du travail.

« *Des hommes forts aux idées faibles* » (73), c'est un peu la conclusion que nous inspirent les réformes de l'automne 2017. Un droit du travail réduit à une fonction d'instrument d'ajustement des préférences des entreprises sur un marché concurrentiel. Des concepts dévoyés, non plus seulement au service d'une flexibilisation accrue des conditions de travail et d'emploi, mais aussi d'un amenuisement de la conception des droits d'action collective. Dans ce contexte où le rapport des forces, consacré par le droit, est si défavorable au « monde du travail », on regrettera le discrédit jeté sur les organisations syndicales et leurs avocats (74), dont la mission légale est, encore à ce jour, d'assurer la « *défense des droits et des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* », et dont le droit d'ester en justice – prérogative ou liberté fondamentale s'il en est – constitue un mode d'exercice essentiel.

Isabelle Meyrat

(66) Cass. Soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179.

(67) E. Maulin, « La souveraineté », in Dictionnaire de la culture juridique, (dir.) D. Alland et S. Rials, p. 1434.

(68) G. Gourgues et K. Yon, « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625.

(69) B. Manin, cité par G. Gourgues et K. Yon, art préc.

(70) A. Jeammaud, « Ne rêvons plus de démocratie « économique ou industrielle », ne parlons plus de « démocratie sociale », RDT, 2017, p. 577.

(71) Dont – rappelons-le – les dispositions sont susceptibles de se « substituer de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ».

(72) O. Duthillet de Lamothe, « Une décision élégante et intéressante », Sem. Soc. Lamy, n° 1783, p. 7.

(73) A. Supiot, « Et si l'on refondait le droit du travail... », in Le Monde diplomatique, n° 763, octobre 2017.

(74) C. Radé, « Mauvais joueurs », Dr. Soc. 2017, p. 993.