

La négociation dans les TPE depuis les ordonnances *Macron*

par Isabelle TARAUD, avocate au Barreau du Val-de-Marne

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a considérablement élargi la capacité de conclure des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Poursuivant un peu plus loin encore les objectifs des précédentes réformes tendant à développer la négociation d'entreprise et à permettre la négociation avec les élus, les nouveaux textes prennent aussi des options nouvelles bien plus radicales, favorisant le contournement des organisations syndicales et le développement de nouvelles voies de « *négociation collective* », si dénaturées qu'il devient difficile d'en conserver le terme.

C'est particulièrement le cas de l'introduction des « *accords* » dans les très petites entreprises (TPE) de moins de 11 salariés dépourvues de toute représentation du personnel.

L'article L. 2232-21 du Code du travail, nouvellement inséré dans la sous-section relative aux modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise, autorise les employeurs de ces TPE à « *proposer un projet d'accord aux salariés* », qui doit être soumis à la consultation du personnel « *à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord* ».

Lorsque ce projet d'accord est « *approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord valide* » (article L. 2232-22, dont la rédaction a été modifiée par la 6^{ème} ordonnance du 20 décembre 2017 pour remplacer le terme « *ratifié* » par « *approuvé* »).

Le mandatement syndical a été supprimé pour ces TPE.

Ce même mécanisme de validation d'accord par consultation des salariés est accessible aux entreprises dont les effectifs sont compris entre 11 et 20 salariés, si elles ne disposent pas de représentants élus du personnel (article L. 2232-23).

L'accord conclu dans de telles conditions peut porter sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise. Le champ des mesures envisageables dans ce type « *d'accord* » est ainsi aussi large que dans les grandes entreprises.

Le décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017 est venu réglementer les modalités de la consultation du personnel (articles R. 2232-10 à 13) :

- L'employeur définit lui-même les modalités d'organisation de la consultation et les indique aux salariés en même temps qu'il leur communique le projet d'accord, au moins 15 jours avant le vote, en leur

précisant le lieu, la date, l'heure et le déroulement du scrutin, ainsi que le « *texte de la question relative à l'approbation de l'accord* » ;

- L'employeur est responsable de l'organisation matérielle du scrutin, qui a lieu « *par tout moyen* » et doit être organisé pendant le temps de travail, et se dérouler en son absence.

- À la suite des consultations sur le projet de décret, il a été ajouté que le « *caractère personnel et secret du vote est garanti* ».

- Le résultat de la consultation est retranscrit dans un procès-verbal dont l'entreprise doit assurer la publicité « *par tout moyen* » et qui est annexé à l'accord, s'il a été approuvé, en vue de son dépôt auprès de l'administration du travail.

- Le décret précise également que le tribunal d'instance est compétent en premier et dernier ressort pour statuer sur toute contestation relative à la liste des salariés devant être consultés ou sur la régularité de la consultation. Les délais de recours sont les mêmes que pour le contentieux des élections professionnelles : 3 jours à compter de la publication de la liste des salariés consultés ou 15 jours à compter de la publication du résultat du scrutin. Un pourvoi en cassation peut être formé contre le jugement du tribunal d'instance.

Ces dispositions de la réforme, qui figurent à l'article 8 de l'ordonnance précitée, ont été particulièrement critiquées, et contestées, devant le Conseil d'État et devant le Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'État ne se prononcera finalement pas :

- Dans sa décision n° 415063 du 16 novembre 2017 rendue en référé, il a rejeté le recours de la CGT au motif que, le décret d'application n'étant pas encore paru, le nouveau dispositif n'était pas encore applicable, et il en concluait que la condition d'urgence

n'était pas caractérisée pour statuer en référé.

– Quant aux recours portés par la CGT et la CFDT au fond, ils n'auront pas été audiencés à temps, le Conseil d'État ne pouvant plus en connaître désormais, les textes issus des ordonnances perdant leur nature réglementaire pour acquérir force de loi suite à l'adoption parlementaire du projet de loi de ratification des ordonnances et à la décision du Conseil Constitutionnel qui a écarté l'essentiel des critiques.

Dans sa décision n°2018-761 du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur le nouveau mécanisme de conclusion des accords dans les TPE.

Tout comme la CGT et la CFDT dans leurs recours devant le Conseil d'État, les députés ayant saisi le Conseil reprochaient au nouveau texte de permettre à l'employeur de soumettre à la consultation directe des salariés un projet n'ayant fait l'objet, au préalable, d'aucune négociation, ni même d'aucun échange avec des représentants des salariés.

Les députés faisaient valoir que, sans aucune intervention de délégués, une telle démarche méconnaît le principe de participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises (1), et porte une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale (2).

Les députés soulevaient également que le législateur n'aurait entouré cette consultation des salariés d'aucune garantie propre à mettre en œuvre le principe de participation.

Mais le Conseil constitutionnel a rappelé sa jurisprudence selon laquelle les organisations syndicales ont, certes, « *vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* », mais qu'elles n'ont pas « *un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* ».

Le Conseil a ensuite lapidamment estimé que « *Il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, de fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. (...) En permettant sous certaines conditions à l'employeur, dans les entreprises employant jusqu'à*

vingt salariés, de proposer un projet d'accord collectif à la consultation du personnel, le législateur a souhaité développer les accords collectifs dans les petites entreprises en prenant en compte l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant négocier de tels accords dans ces entreprises ».

Un mot, pourtant correctement rappelé plus haut dans sa décision par le Conseil, manque cruellement dans cette motivation : car, dans le préambule de la Constitution, il est bien question de participer à la détermination *collective* des conditions de travail. On reviendra plus loin sur l'analyse de ce point.

Le Conseil constitutionnel oubliait également que, dans le considérant 21 de sa décision du 7 septembre 2017 relative à la loi d'habilitation, il avait souligné que le recours au vote du salarié envisagé dans la réforme devait viser « *seulement la validation d'un accord déjà conclu* ». Il est vrai que cet argument relatif au non-respect par le Gouvernement du champ de son habilitation, argument présent dans les recours syndicaux portés devant le Conseil d'État, n'était malheureusement pas repris dans le recours des députés tranché le 21 mars 2018...

Le Conseil constitutionnel a estimé ensuite que l'ordonnance avait prévu des garde-fous suffisants avec un délai minimum de quinze jours pour communiquer le projet d'accord à chaque salarié, l'organisation d'une consultation respectant les principes généraux du droit électoral et la nécessité d'une validation à la majorité des deux tiers du personnel.

Pour le Conseil constitutionnel, les articles L. 2232-21 et L. 2232-23 du Code du travail ne sont contraires à aucune exigence constitutionnelle, et il n'a opéré aucune censure.

Cette décision du 21 mars 2018 ferme la voie à toute éventuelle question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ultérieure dans le cadre des contentieux à venir sur ces nouveaux « *accords* ».

Pour autant, cette position est loin de mettre un point final aux débats nécessairement pertinents autour de la nature même du 0 nouvellement mis en place, car ce dernier doit être strictement distingué du référendum d'entreprise, qui porte sur un texte qui a été négocié.

La consultation organisée dans les TPE **porte sur un texte rédigé par l'employeur seul**, et ne correspond plus en rien à une négociation, et encore

(1) 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

(2) 6^{ème} alinéa du même préambule : « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale* ».

moins à une négociation collective. Comme la CFTD et la CGT le soulignaient dans la motivation de leur recours devant le Conseil d'État, il s'agit, en réalité, de transformer une décision unilatérale non négociée en accord collectif.

Pour le juriste qui examine avec un œil rigoureux la mesure, la consultation des salariés s'apparente non pas à une négociation directe avec eux, puisqu'il n'est question que d'approbation ou de rejet, mais à **une adhésion**. Et comme le Professeur Alexandre Fabre le faisait observer lors de la journée d'échanges organisée par l'Université Paris-8 Saint-Denis le 12 décembre 2018, « *le contrat d'adhésion est contraire à la nature d'accord collectif* ».

C'est bien sur ce terrain que « l'oubli » du Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars apporte un éclairage très pertinent sur les failles passées sous silence : car même si l'objectif était de pallier l'absence de délégués dans les TPE, un vote individuel ne suffit pas à concrétiser une **détermination collective** des conditions de travail.

La communication du projet d'accord au moins 15 jours avant le scrutin n'a été accompagnée d'aucune obligation pour l'employeur d'informer les salariés sur le contexte dans lequel il a rédigé le texte soumis au vote, sur les implications des options prises, sur leur motivation juridique, économique et sociale.

Il n'a pas été prévu d'inviter les salariés à soumettre leurs questions, et encore moins leurs contre-propositions. Aucun espace de dialogue n'a été envisagé : juste une question appelant une approbation ou un rejet global. Et aucune protection, et encore moins de moyens, n'ont été envisagés pour les salariés qui se risqueraient à prendre malgré tout l'initiative de réclamer une discussion ou de manifester leur opinion sur le projet d'accord.

Le mandatement syndical a même été exclu, et ne peut venir interférer dans le processus déclenché, et c'est bien ce qui confirme la volonté de tenir les organisations syndicales à l'écart... De même que la suppression de toute obligation d'informer les organisations syndicales de la branche du processus en cours, qui existait auparavant en cas de négociation entamée avec des élus, et qui n'a pas été reprise par la réforme, ni dans les entreprises de moins de 50 salariés, ni même dans les TPE dans lesquelles les communautés de travail sont encore plus isolées et fragilisées.

La réforme entre donc en contradiction avec les engagements souscrits par la France dans le cadre de la convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949 dont elle est signataire, et dont l'article 4 engage les États à prendre « *des mesures (...) pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi* », la recommandation 91 de l'OIT précisant qu'on entend par *convention collective* « *tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers en conformité avec la législation nationale* ».

Cette entrée en vigueur d'accords, opposables à tous les salariés, par le seul jeu d'une ratification à la majorité des deux tiers des votants, viole la convention 98 de l'OIT. La réforme bafoue aussi la convention 87 relative à la liberté syndicale, et ces arguments sont déjà bien en tête dans les critiques doctrinales (3) comme syndicales (4). Ils conduiront sans doute à plaider sur le terrain de l'inconventionnalité de la réforme.

En attendant, pour ce qui va se dérouler sur le terrain dès à présent, les motifs de craintes sont là, multiples et alarmants, et la majorité renforcée « des deux tiers du personnel » offre une garantie qui doit être largement relativisée, en raison de textes n'offrant pas un cadrage suffisant.

Le décret donne toute liberté au seul employeur pour déterminer « le texte de la question relative à l'approbation de l'accord ».

Aucune précision n'est donnée sur la détermination « du personnel » appelé à voter, ce qui peut conduire à de nombreuses questions sur le vote des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu au moment de la consultation, sur le vote des salariés en fonction de la nature ou de la durée de leur contrat de travail, sur le vote en fonction des catégories de salariés impactées par l'accord...

Est-ce acceptable qu'un employeur puisse faire voter l'ensemble du personnel sur un texte qui ne leur

(3) V. not. l'article de Marie-Laure Morin, *Droit Ouvrier*, octobre 2017, p. 590, « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail ».

(4) La CGT et la CFTD le soulignaient dans leurs recours devant le Conseil d'État.

est pas applicable dans les mêmes termes, et peut être plus préjudiciable à certains, dont le refus ne parviendra pas à peser ?

Et même en cas d'échec d'une première tentative, l'employeur peut renouveler sa consultation autant de fois qu'il le souhaite. Les risques de pressions sont incontestables...

Ces carences d'encadrement précis des textes génèrent des risques majeurs, alors que les perspectives d'un contentieux devant le tribunal d'instance sont plus qu'à la marge, pour des salariés laissés sans protection et sans accompagnement syndical ni juridique, et soumis à des délais pour agir d'une si grande brièveté...

En cas de contentieux d'ailleurs, le seul renvoi aux principes généraux du droit électoral suffira-t-il à permettre au juge de contrer les dérives alors qu'il s'agit d'un scrutin si spécifique, le votant subissant une situation de subordination économique et juridique à l'égard de l'organisateur à qui toutes les initiatives et pouvoirs ont été laissés ?

Enfin, et malgré tous ces risques qui devaient alerter et conduire au moins à une expérimentation limitée de cette toute nouvelle forme « d'accord », la réforme a pourtant ouvert aux TPE l'ensemble des thèmes de la négociation collective d'entreprise : y compris pour modifier les avantages collectifs des accords de branche en application du nouvel article L. 2252-3 du code du travail, ou encore pour mettre en place des accords de performance sociale et économique dont les dispositions prévaudront sur les contrats de

travail comme le prévoit l'article L. 2254-2 du code du travail...

Et ces décisions unilatérales soumises au seul vote des salariés en devenant accord bénéficient du même délai de prescription extrêmement bref mis en place par la même réforme : passé le délai de deux mois, l'employeur est à l'abri de toute demande d'annulation quelles que soient les illégalités que le texte qu'il a rédigé seul peut comporter...

Comme sur bien des sujets, c'est en articulant toutes les mesures de cette réforme tentaculaire qu'on mesure plus encore l'ampleur du séisme intervenu, qui renverse totalement les fondations de notre droit du travail, violemment passé d'un impératif de protection de la partie faible au contrat de travail, le salarié, à un objectif assumé de sécurisation des employeurs et de libéralisation.

Dans un tel contexte, l'introduction de la « négociation » dans les petites entreprises ne pourrait-elle pas aboutir à des situations d'exploitation abusive de la dépendance économique de leurs salariés relevant des nouvelles dispositions de l'article 1143 du code civil, issues de l'ordonnance du 10 février 2016, caractérisant un vice du consentement « lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif » ?

Isabelle Taraud

Conférences du Collège de France

Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité

sous la direction de
Alain Supiot



Éditeur Collège de France - Coll. Conférences
du Collège de France - Mars 2018
ISBN : 978-2-7226-0475- 182 - pages - 22 euros

FACE À L'IRRESPONSABILITÉ : LA DYNAMIQUE DE LA SOLIDARITÉ

Sous la direction de Alain Supiot

Les réseaux d'allégeance sont une source d'irresponsabilité en matière sociale, environnementale et financière. Pour remédier à cette irresponsabilité, on recourt de plus en plus fréquemment à l'idée de « responsabilité solidaire », afin d'obliger ceux qui ont le pouvoir économique à répondre des conséquences de leurs décisions. L'ouvrage examine cette dynamique de la solidarité en droit de la responsabilité, en tenant compte de ses derniers développements comme la résolution du Parlement européen appelant à l'adoption de mécanismes de « responsabilité solidaire » dans les chaînes de sous-traitance et la loi du 27 mars 2017 « relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ».

L'ouvrage est dirigé par Alain Supiot, juriste et professeur au Collège de France, titulaire de la chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités ». Avec les contributions de Samantha Besson, Antoine Gaudemet, Samuel Jubé, Mustapha Mékki, Jeseong Park, Elsa Peskine, Alain Supiot, Jorge E. Vinuales.