

ORDONNANCES MACRON ET NORMES SUPRA-LÉGALES

III. Les nouvelles règles relatives à la négociation et aux IRP

Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales

par Joseph MORIN, Maître de conférences à l'Université Paris-1,
École de droit de la Sorbonne – ISST

PLAN

- I. Comité social et économique et articulation des sources
- II. Le monopole de la négociation collective du conseil d'entreprise
 - A. L'analyse au regard des normes constitutionnelles
 - B. L'analyse au regard des normes internationales

En droit du travail, les discussions doctrinales ont longtemps porté sur la juste intégration de la matière au droit privé et, plus particulièrement, sur l'acclimation des concepts et des règles du droit civil aux spécificités de la relation de travail subordonnée. La problématique générale portait alors sur l'intégration d'un corpus normatif que son champ d'application indéfini rendait étranger au droit du travail, tout en lui ménageant la possibilité de s'y implanter. Les années ont passé, mais le problème de l'intégration de règles « hors code du travail » ne semble pas s'être estompé. L'objet de la discussion, néanmoins, a changé : ce sont désormais les normes supra-légales dont il convient de régler la place exacte au sein de la matière (1). Qu'on y voie un phénomène de « fondamentalisation », de « constitutionnalisation » ou de « supra-législation » du droit du travail, la mécanique alimentant ce mouvement est chaque fois la même. Sitôt un changement pressenti, plaideurs et auteurs sortent de l'oubli tel lambeau d'article d'un instrument international, exhument telle jurisprudence constitutionnelle demeurée jusqu'alors confidentielle, et engagent un débat de conformité au droit légiféré (ou en passe de l'être). L'un des effets incidents de chacun des ré-ordonnements du droit du travail est ainsi de faire émerger dans son sillage des normes supra-légales, lesquelles forment comme autant d'ombres des règles nouvellement instituées par le pouvoir étatique.

L'on ne saurait trop s'interroger sur les raisons de cette confrontation, désormais systématique. Assurément plurielles, elles ne se situent pas toutes sur un même plan. Il existe d'abord des causes exogènes, au premier rang desquelles figure la mutation contemporaine des sources du droit privé. Tout bien considéré, cette discussion n'aurait pas lieu d'être sans le déclin de l'autorité de la loi, l'internationalisation du droit, la montée en puissance des Droits de l'Homme et l'emprise corrélative du juge sur les modes de production du droit (2). La métamorphose des sources du droit a ouvert le théâtre dans lequel se joue cette pièce, même si le scénario est spécifique à l'environnement du droit du travail. Cet environnement est avant tout celui de l'affaiblissement des standards de protection offerts par le droit légiféré. Si l'on

en vient à convoquer les normes les plus fondamentales, c'est peut-être parce que le législateur heurte jusqu'aux fondations juridiques du droit social. On ne peut, à cet égard, qu'être frappé par le retournement du discours concernant la relation des normes supra-légales au droit du travail. Auparavant considérées comme des sources d'inspirations pour les règles élaborées par le pouvoir étatique, elles sont désormais présentées comme autant de limites permettant d'encadrer les prérogatives législatives. Comme si le législateur n'agissait plus pour leur donner une assise concrète *par la loi*, mais venait légiférer *malgré elles*. Plutôt que des règles donnant un horizon, soutenant un cadre programmatique à réaliser, on les conçoit désormais comme des bastions destinés à résister aux assauts de nouvelles normes. Cette contexte

(1) Sans d'ailleurs qu'il faille en déduire que la substance du débat en résultant est identique.

(2) Le juge est ici employé comme une figure générale. Sans doute faudrait-il, en toute rigueur, y mettre un pluriel, tant les juridictions susceptibles d'examiner la supra-légalité d'une disposition législative sont nombreuses.

est également celui d'un combat politique et syndical qui, peinant en amont à avoir l'oreille du législateur, s'en remet en aval aux pouvoirs du juge d'interpréter ou d'écarter la loi par le truchement des normes supra-légales. On leur prête alors une efficacité juridique pour s'opposer aux desseins poursuivis par les gouvernants, tant par leur contenu très largement indéterminé que par leur valeur hiérarchique première dans l'ordre juridique. Les caractéristiques des normes supra-légales en font ainsi des véhicules pour transporter un combat politique sur le terrain juridique.

Pour être des forces motrices, ces traits sont aussi leur faiblesse. Du fait de leurs textures ouvertes (3), l'interprétation des normes supra-légales suppose, en effet, toujours une théorie de ces droits par le juge (4). Une juridiction ne peut apprécier leur substance ou déterminer leur portée sans une représentation préalable (consciente ou non) de la place qu'il est raisonnable et juste de leur conférer dans l'ordre juridique. Ces normes n'ont dès lors qu'un potentiel de résistance abstrait, dont la positivité dépend des convictions des magistrats qui auront à les connaître (5).

Quelle sera donc la force juridique que le juge saisi entendra leur conférer ? À ce stade, il serait trop hardi d'oser une réponse générale (6). La récente décision du Conseil constitutionnel sur la

loi de ratification des ordonnances *Macron* apporte, certes, quelques éléments de réponse (7), mais le contentieux supra-légal est loin d'être épuisé. D'une part, l'autorité de la décision ne s'applique qu'aux règles jugées conformes à la Constitution dans le dispositif et les motifs de la décision et, d'autre part, le contrôle de conventionalité ne relève pas de sa *juridiction*. Le temps est donc encore aux réflexions prospectives. Il faut envisager les encombres qui se profilent, et plutôt que se livrer au commentaire des batailles révolues, concentrer le propos sur les questions restant à trancher (8).

Aussi, cette contribution vise-t-elle à apporter un éclairage prospectif sur l'un des terrains que la décision du 21 mars 2017 n'a pas, tant s'en faut, intégralement labouré, celui de la réforme des institutions représentatives du personnel (IRP) mise en œuvre par la réforme *Macron*. Le Conseil constitutionnel a, en effet, statué sur la conformité à la Constitution de transformations éparses (9). Il ne s'est, en revanche, pas prononcé sur ce qui compose deux changements proprement cardinaux opérés par la réforme. On veut parler du nouveau rôle attribué aux interlocuteurs sociaux pour régler le fonctionnement de la nouvelle institution représentative du personnel (I), et de l'unification des canaux de représentation que pourrait entraîner le conseil d'entreprise (II).

I. Comité social et économique et articulation des sources

La loi fusionne en une seule instance délégation du personnel, comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Plutôt qu'une métamorphose, ce regroupement constitue l'achèvement d'un lent mouvement favorable à la concentration des institutions représentatives du personnel, débuté avec l'instauration de la délégation unique du personnel (DUP). L'idée de « simplifier » la représentation des intérêts des salariés auprès de l'employeur par une fusion des instances était en

germe depuis de longues années et avait déjà trouvé de nombreuses traductions en droit positif (10). Plus que le principe du regroupement, le véritable bouleversement tient aux rôles joués par les différentes sources du droit pour régir la nouvelle IRP.

De manière schématique, la possibilité de regrouper les institutions représentatives du personnel était jusqu'ici subordonnée à l'initiative des acteurs de l'entreprise, soit par une décision unilatérale de l'employeur (11), soit par un accord collectif majori-

(3) « Le pouvoir d'appréciation des juges se fait toujours plus grand quand la recommandation des textes se fait moins précise » : L. Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. Soc.* 1980, p. 431., spéc. 433.

(4) V. not. E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, Trad. Olivier Jouanjan, Bruylant-LGDJ, 2000, spéc. p. 254.

(5) V. pour une (très belle) démonstration sur ce point au travers d'une comparaison entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la CEDH : F. Chenede, « Le droit à l'épreuve des Droits de l'Homme », *Mélanges G. Champenois*, 2012, p. 139.

(6) V. Pour une interprétation de l'analyse du Conseil constitutionnel sur la base du conflit des logiques L. Fontaine, A. Supiot, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Dr. Soc.* p. 754, spéc. pp. 761 et s.

(7) C. Const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC.

(8) L'on a donc délibérément écarté de cette contribution la discussion de la constitutionnalité des dispositions législatives récemment validées par le Conseil constitutionnel.

(9) Pour l'essentiel ont été déclarés conformes à la Constitution : La suppression du comité d'hygiène et de sécurité, les modalités d'organisation des élections au comité social et économique prévues par les articles L. 2314-5 et L. 2314-10 du code du travail, la réduction du nombre d'heures de délégation, les règles de financement des expertises.

(10) Pour une vision d'ensemble sur ce mouvement, v. G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel », *RDT*, 2017, p. 608.

(11) Dans les entreprises de moins de 300 salariés.

taire (12). En revanche, sauf à améliorer le plancher prévu par la loi, ces sources ne pouvaient définir qu'assez marginalement les attributions de l'institution recomposée, ainsi que ses modalités de fonctionnement. Autrement dit, la fusion des IRP relevait des acteurs sociaux, mais la détermination des modalités de fonctionnement et des attributions procédait, pour l'essentiel, de la compétence du législateur.

Or, les dispositions de l'ordonnance opèrent un net renversement de cette configuration.

À gros traits, l'on peut dire que les normes étatiques semblent avoir désormais pour principal objet de consacrer un droit à la représentation du personnel, lequel se concrétise par l'obligation légale de mettre en place un comité social et économique (CSE), tandis que l'essentiel du droit de la représentation du personnel, c'est-à-dire son régime juridique, serait l'apanage des normes professionnelles. De manière caractéristique, l'architecture des sources de la procédure d'information/consultation s'ordonne désormais autour d'un triptyque à tiroirs inspiré du rapport *Combrexelle* (2015) : disposition légale d'ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives ne s'appliquant qu'en l'absence d'accord.

Il faut bien voir, cependant, que l'existence d'un droit subjectif à la représentation n'est pas totalement dissociable de ses conditions d'exercice. Sans information de qualité, sans temps suffisant pour les examiner, sans représentants bien formés pour les analyser, le droit à la représentation n'est guère plus qu'une promesse. La consécration du droit doit s'accompagner de mesures destinées à en garantir l'exercice. Se cantonner à imposer l'instauration d'une institution représentative du personnel dans l'entreprise et renvoyer sa réglementation à la négociation collective revient donc à confier aux interlocuteurs sociaux la responsabilité de son efficacité juridique, au risque de l'en priver si l'accord collectif ne présente pas de garanties suffisantes.

Du point de vue des normes supra-légales, cette répartition des compétences normatives invite à se demander si le législateur a pleinement exercé la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution et de l'alinéa 8 du Préambule de 1946. L'on sait, en effet, qu'en règle générale, le Conseil constitutionnel censure le législateur lorsque celui-ci méconnaît sa

compétence en renvoyant à la négociation collective, et subsidiairement à une autre autorité réglementaire, la fixation de l'intégralité des conditions d'application de règles relevant des principes fondamentaux du droit du travail ou du droit syndical. Pour être plus précis, lorsque l'intervention du législateur porte sur l'aménagement de droits et libertés constitutionnellement garantis, le contrôle du Conseil constitutionnel s'intensifie en vérifiant que le législateur a fixé lui-même les garanties légales de ces exigences constitutionnelles et que le domaine de la négociation collective est limité à la détermination des « modalités concrètes de cette mise en œuvre » (13). Par conséquent, s'il est loisible au législateur d'associer la négociation collective à l'élaboration du principe de participation, il lui incombe de doter ledit principe de garanties (14). En s'appuyant sur ces règles, le Conseil constitutionnel a récemment jugé qu'il revenait au législateur de déterminer « les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise » (15).

Cette ligne de partage, pour être intelligible dans son principe, est cependant difficile à manier en pratique, tant l'on peine à saisir ce qu'entend précisément le Conseil constitutionnel par « garanties légales » ou ce qu'embrassent « les modalités de la représentation des travailleurs ». Les juges de la rue Montpensier se bornent, en effet, le plus souvent, à indiquer les implications de chacune de ces notions *in casu* sans les définir au préalable (16), de sorte que l'on a bien des difficultés à appréhender leur contenu comme leurs potentialités, ce qui est pourtant un préalable indispensable pour déterminer la place revenant au législateur dans la réglementation du CSE. Mais puisque nécessité fait loi, tentons ici d'entrevoir quelques orientations.

Le juge constitutionnel a interprété le principe de participation comme exigeant que l'ordre juridique comporte les règles indispensables à la mise en œuvre d'« une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives » (17) sur les conditions de travail et la gestion de l'entreprise. Le Conseil n'a toutefois jamais explicité ce qu'impliquait cette exigence d'un dialogue adéquat pour la réglementation de la représentation du personnel dans l'entreprise (sur quel objet ? *Via* quelle institution ? Selon quelles modalités ?). Il s'est contenté d'affirmer que les représentants des salariés devaient

(12) Dans les structures dont les effectifs sont supérieurs à 300 salariés.

(13) C. const. Décision n° 96-383 DC, préc., (cons. 21).

(14) Position constante depuis : C. const. Décision n° 96-383 DC, préc., (cons. 4).

(15) C. const. 26 juillet 2013, n° 2013-333, QPC (consid. 5) ; C. const., 13 octobre 2017, n° 2017-661 QPC (consid. 3).

(16) Le Conseil constitutionnel n'emploie d'ailleurs pas toujours les mêmes concepts. Le terme de « garanties légales » disparaît ainsi parfois, sans que l'on parvienne à en comprendre les raisons.

(17) C. const., 16 décembre 1993, n° 93-328 DC.

bénéficiaire des informations (18) et des moyens (19) nécessaires pour que la participation du personnel soit assurée.

L'on peut toutefois suggérer qu'appliquée à une institution représentative du personnel, l'exigence d'une *concertation appropriée* renvoie à la fonction première d'une telle instance, celle d'autoriser un échange argumenté des représentants du personnel avec l'employeur aux fins de participer à l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter leurs conditions de travail ou la gestion de l'entreprise, échange dont le but, sinon de défendre, au moins de rappeler à l'employeur les intérêts des salariés au cours du processus décisionnel. Devraient donc entrer dans le giron de la règle constitutionnelle des garanties de nature quantitative (moyens suffisants et temps de réflexion adéquat), mais également qualitative (informations de qualité sur la décision à venir, possibilité d'influer sur son contenu, obligation pour l'employeur de répondre aux représentants du personnel), indispensables pour que se déroule une discussion où les intérêts des salariés soient effectivement entendus et éventuellement pris en compte.

Quant à la notion de *garanties légales*, il semble que, par ces deux mots, les Sages opèrent un contrôle d'effectivité : ils s'assurent que l'œuvre législative est d'une qualité suffisante pour assurer plein effet au droit constitutionnel qu'elle vient garantir (20). Ce contrôle aboutit, indirectement, à vérifier que celle-ci est auto-suffisante, c'est à dire suffisamment détaillée pour qu'une autre autorité normative ne soit pas en mesure de vider de sa substance le droit constitutionnellement garanti par l'intervention législative. Il y a là un refus de s'en remettre à l'intelligence d'autres acteurs normatifs : un déni de confiance. Le législateur ne doit laisser aucune possibilité à une autre autorité normative, fut-elle infime ou absurde en pratique, d'arrêter une règle qui pourrait compromettre les droits constitutionnels mis en œuvre par la législation. Rapporté à notre sujet, ce contrôle implique donc que le CSE soit pourvu d'un cadre légal suffisant

pour qu'un accord collectif ne puisse altérer une concertation entre l'employeur et les représentants du personnel permettant aux salariés de faire valoir leurs intérêts dans la décision à venir. D'où une interrogation sur la place concédée à la négociation collective par la réforme *Macron*. La loi pourrait-elle laisser à un accord collectif une autonomie si grande que certaines de ses stipulations interdiraient, en pratique, la réalisation d'une concertation appropriée ?

Ce point de vue peut être défendu, pour certaines dispositions du moins (21). Prenons, par exemple, le délai d'examen laissé au CSE pour les consultations dites « récurrentes ». Depuis la loi du 14 juin 2013, ce délai était, en principe, renvoyé à la conclusion d'un accord d'entreprise à majorité qualifiée pour les entreprises disposant d'un délégué syndical. La loi encadrait toutefois l'autonomie collective en imposant un délai minimum de 15 jours. La fixation d'un seuil était parfaitement compréhensible, dès lors que, à l'expiration du délai fixé pour examiner la décision, le CSE était réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif. L'article L.2312-19 du Code du travail renvoie désormais à l'accord d'entreprise le soin de définir le délai de consultation. Contrairement à sa devancière, la nouvelle disposition ne comporte toutefois plus de plancher. Il est donc théoriquement possible de convenir que le CSE ou le CSE central rendra son avis dans un délai inférieur à 15 jours. Il est douteux que les conditions de ce renvoi à la négociation collective soient assorties des garanties légales suffisantes pour assurer le respect du principe de participation. La latitude laissée aux interlocuteurs sociaux pourrait, en effet, priver concrètement le CSE de son droit de consultation s'ils arrêtaient un délai trop bref. Ils atteindraient, dès lors, la substance du droit de participation puisqu'elle priverait l'IRP d'une concertation appropriée entre les représentants des salariés et l'employeur (22). Dans ces conditions, ne pouvait-on pas, dès lors, attendre du législateur qu'il fixe des bornes à l'action des interlocuteurs sociaux en prévoyant un délai minimal ? Délai minimal qui, du reste, aurait dû lui-même ne pas être trop court (23)...

(18) Sans d'ailleurs indiquer ce qu'était une information nécessaire... V. C. const. 16 décembre 1993, n°93-328 DC, (consid. 10) et, plus récemment, C. const. 4 août 2017, n°2017-652 QPC. Sur la portée constitutionnelle du droit à l'information, v. I. Odoul-Asorey, Th. Préc., spéc., n°446 et s.

(19) C. const., 21 mars 2018, n°2018-761, DC (consid. 52).

(20) V. A. Vidal-Naquet, *Les «garanties légales des exigences constitutionnelles» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, spéc., n°138.

(21) Comme a pu l'écrire le Professeur Borenfreund, les conditions posées par le législateur « *pèchent parfois par leur caractère incertain* ». G. Borenfreund, art. préc.

(22) C. const. 16 décembre 1993, n°93-328.

(23) Il pourrait certes être objecté que la loi prévoit plusieurs garde-fous. L'article L.2312-15 du Code du travail précise ainsi que le comité social et économique doit avoir bénéficié d'un délai d'examen suffisant pour émettre ses avis. L'article L.2312-16 énonce, quant à lui, que «*ces délais permettent au comité social et économique ou, le*

cas échéant, au comité central d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises ». Il serait donc possible d'évincer la stipulation d'un accord collectif qui fixerait un délai insuffisant. L'argument a de quoi impressionner. Encore faudrait-il, pour qu'il soit parfaitement convaincant, que la stipulation de l'accord collectif puisse effectivement faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ce qui, à ce stade, n'a rien d'évident. Les délais de prescription de l'action en nullité de l'accord collectif sont, en effet, de deux mois. Il est, dès lors, peu probable qu'une telle action demeure ouverte lorsque le CSE s'apercevra de l'insuffisance du délai de consultation lui étant accordé. On pourrait, certes, envisager de contourner cet obstacle *via* l'action en inopposabilité de la clause de l'accord collectif. Mais il est loin d'être acquis qu'une telle action possède un effet suspensif, de sorte que l'avis pourrait bien avoir été réputé rendu lorsque le juge statuera. En tout état de cause, l'effet du jugement sera limité à la procédure d'avis objet de la décision. Il ne permettra pas d'écarter la clause pour l'avenir. Par hypothèse, le CSE devra donc saisir le TGI autant de fois qu'il ne dispose pas d'un délai suffisant pour rendre son avis.

L'intervention pour le moins timide du législateur peut être illustrée par un autre exemple tiré, là encore, de l'examen des consultations récurrentes, étant indiqué que l'articulation en la matière est très largement transposable aux consultations ponctuelles. Les trois grandes consultations sur la situation économique et financière de l'entreprise, la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi et les orientations stratégiques demeurent obligatoires. Elles sont, énonce l'article L.2312-1, d'ordre public (24). Mais l'autonomie abandonnée à la négociation collective pour en définir le contenu et le mode d'organisation est si vaste que, là encore, on peut sérieusement se demander si le législateur a mis en place des garanties légales suffisantes pour s'assurer qu'un accord collectif ne soit pas en mesure d'interdire toute concertation appropriée. Dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux, un accord d'entreprise majoritaire définit ainsi le contenu, le niveau, les modalités, la périodicité des consultations récurrentes, sous réserve qu'elle ne soit pas inférieure à trois ans, ainsi que la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations. L'accord peut également prévoir la possibilité pour le CSE d'émettre un avis unique portant sur tout ou partie des thèmes prévus pour les trois consultations (25). Il en résulte que la combinaison des dispositions sur l'avis unique et la périodicité laisse théoriquement la possibilité à un accord de prévoir une

seule consultation triennale portant à la fois sur les orientations stratégiques de l'entreprise, la situation économique et financière, la politique sociale, et les conditions de travail et d'emploi.

A vrai dire, les illustrations de l'importante autonomie conventionnelle dans la réglementation du CSE sont nombreuses. La faculté laissée aux interlocuteurs sociaux de déterminer la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations – notamment au travers de la BDES, devenue un véritable « *objet conventionnel* » (26) – mériterait à ce titre d'être discutée. Mais ces manifestations constituent en réalité l'écume d'une vague de fond, et démontrent que la place abandonnée à la négociation collective pour définir le fonctionnement et les attributions du CSE est si vaste qu'elle n'autorise pas simplement l'adaptation en marge d'une architecture de représentation des intérêts des salariés à la réalité de l'entreprise. Plus fondamentalement, elle a vocation à en régler la substance, tant et si bien que les fonctions, voire même la logique de représentation de l'IRP (coopération, gestion de l'entreprise, revendication, défense des droits, contrôle...), deviennent en droit, et non plus en fait, très largement déterminées par les interlocuteurs sociaux au sein de chaque structure (27). Cette plasticité n'est-elle pas le signe le plus clair que le législateur a méconnu sa compétence ?

II. Le monopole de la négociation collective du conseil d'entreprise

L'une des innovations de la réforme est la faculté d'instaurer un conseil d'entreprise par accord d'entreprise majoritaire à durée indéterminée ou par un accord de branche étendu. L'une des particularités remarquables (28) de cette institution représentative du personnel est d'ajouter les fonctions dévolues à la représentation élue du personnel, puisqu'elle exerce l'ensemble des attributions du CSE (29), à celles classiquement accordées à la représentation

syndicale (30). Le conseil d'entreprise se voit, en effet, reconnaître compétence « *pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissements* » (31), à l'exception des accords qui sont soumis à des règles spécifiques de validité (32). Les syndicats disposant d'un délégué syndical dans l'entreprise ne bénéficient donc plus du monopole de la négociation collective, comme cela était depuis longtemps admis en droit français, où la loi n'accordait

(24) C. trav., art. L.2312-1.

(25) C. trav., art. L.2312-19.

(26) S. Guedes Da Costa, C. Michaud, « La BDES après l'ordonnance n°2017-1386 », JCP 2017, 1170.

(27) En ce sens G. Loiseau, « Le comité social et économique », Dr. Soc. 2017, 1044, spéc. n°9 ; G. Borenfreund, art. préc.

(28) L'une mais pas la seule : par exemple, le conseil d'entreprise ne constitue pas un CSE pourvu de la capacité de négociation collective. Il est également l'instance qui donne un avis conforme sur certains thèmes : v. P. Rémy, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », Dr. Soc. 2017, p.1050.

(29) C. trav., art. L.2321-1.

(30) Même si les dispositifs destinés à permettre la négociation collective dans les entreprises dépourvues d'interlocuteurs syndicaux dans l'entreprise prennent une place sans cesse croissante.

(31) C. trav., art. L.2321-1.

(32) Dans le cadre des élections professionnelles, le protocole préélectoral (C. trav., art. L.2314-6), l'accord modifiant le nombre et la composition des collèges électoraux (C. trav., art. L.2314-12) ainsi que l'accord dérogeant au principe selon lequel l'élection a lieu pendant le temps de travail (C. trav., art. L.2314-27), l'accord déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les modalités de consultation du comité social et économique et de mise en œuvre des licenciements (C. trav., art. L.1233-24-1).

au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel, un tel pouvoir qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise (33). Ils se trouvent au contraire privés de toute possibilité de négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement, l'article L.2321-1 du Code du travail précisant *expressis verbis* que le conseil est « seul » compétent. Ce dispositif, dont l'utilité paraît *a priori* douteuse, pourrait bien n'être que le premier jalon de l'édification d'un canal unique de représentation (34). C'est pourquoi l'exclusivité accordée au conseil d'entreprise mérite attention, tant au regard des alinéas 6 et 8 du Préambule de la constitution de 1946 (A), que de certaines normes internationales (B).

A. L'analyse au regard des normes constitutionnelles

En s'appuyant sur les alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a depuis fort longtemps consacré la *vocation naturelle* des organisations syndicales à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs, notamment par la voie de la négociation collective (35). Derrière cette expression quelque peu déroutante s'exprime en creux une certaine idée de l'organe le mieux qualifié à défendre les intérêts des salariés dans la négociation face à l'employeur : les syndicats, sans doute jugés plus indépendants, mais aussi plus puissants, sont plus aptes à installer un rapport de force avec la partie patronale et donc d'aboutir à un accord juste et équilibré.

Positivement, il en résulte, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2018, que le législateur doit veiller à ce que l'inter-

vention des institutions élues dans la négociation collective n'ait « *ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* » (36). Bien que relativement ambiguë (37), la formule interdit *a priori* à une institution représentative du personnel de priver les syndicats représentatifs dans l'entreprise de leur droit à la négociation collective. C'est d'ailleurs ce qu'ont unanimement souligné des auteurs de tendances très diverses (38), tant l'implantation syndicale, dès lors qu'elle se conjugue avec une légitimité électorale, semble naturellement emporter un droit à la négociation collective (39).

Or, précisément, l'article L.2321-1 du Code du travail attribue une compétence exclusive au conseil d'entreprise pour négocier, ce qui entraîne, corrélativement, privation de ce droit pour des syndicats représentatifs dans l'entreprise. Cette éviction en droit pourrait d'ailleurs se doubler d'un congédiement en fait puisqu'aucun texte n'impose que les délégués syndicaux, c'est-à-dire l'incarnation du syndicat représentatif dans l'entreprise, soient intégrés à la délégation du conseil d'entreprise en charge des négociations. Le conseil d'entreprise a donc si ce n'est pour objet, au moins pour effet de priver les syndicats représentatifs du droit de « *négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissements* ». L'articulation apparaît donc heurter de front les alinéas 6 et 8 du Préambule de 1946, du moins à s'en tenir aux conséquences qu'en tirait jusqu'alors le Conseil constitutionnel.

Pour sauvegarder la disposition, il pourrait être objecté que ce sont les syndicats qui négocient l'ins-

(33) G. Borenfreund, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Dr. Soc. 2004 p.606 ; B. Teysse, « Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », D. 2004 chr., p.2383.

(34) G. Borenfreund, art. préc.

(35) C. const. 6 novembre 1996, n°96-383 DC, (consid. 8).

(36) C. const. 6 novembre 1996, précité ; C. const. 21 mars 2018, précité, (consid. 13).

(37) Elle ne rend pas toujours aisée de déterminer l'articulation constitutionnellement acceptable entre vocation naturelle des syndicats à la négociation collective et intervention possible de représentants élus. Cette formule semble, par exemple, garantir un accès prioritaire à la négociation collective aux syndicats représentatifs dans l'entreprise. C'est du moins ce que le Conseil constitutionnel laisse entendre en ne validant les dispositifs querellés qu'après avoir constaté que la négociation avec d'autres représentants ne pourrait intervenir qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise. Cons. const. 6 novembre 1996, préc., (consid. 15) ; C. const. 21 mars 2018, préc., (consid. 14). Il ne l'a toutefois jamais affirmé clairement.

(38) B. Teysse, « Loi et contrat collectif : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°17 ; M-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation

collective », Dr. Soc., 1997, p.25 ; B. Mathieu, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective. À propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », D. 1997, p.152.

(39) Le Conseil d'État a retenu une analyse proche dans une affaire où il était saisi d'une demande d'abrogation implicite de dispositions d'une ordonnance du 2 novembre 1945 ayant pour effet d'interdire aux organisations constituées entre huissiers de justice d'exercer une attribution en matière de négociation collective, cette prérogative étant réservée à la Chambre nationale des huissiers de justice. La juridiction administrative a considéré que le sixième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 emportait notamment le droit, pour tout syndicat régulièrement constitué, de participer à des négociations collectives, sous réserve, le cas échéant, de conditions tenant à sa représentativité dans le champ de l'accord ou de la convention à négocier. L'interdiction comprise dans l'ordonnance était dès lors incompatible avec les dispositions du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Par suite, l'entrée en vigueur de celui-ci a implicitement, mais nécessairement, eu pour effet d'abroger les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en tant qu'elles incluaient, dans le monopole ainsi conféré à la Chambre nationale des huissiers de justice, les questions relevant des droits reconnus aux syndicats professionnels d'employeurs et de salariés. CE, Ass. Plein. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, RFDA, 2006, p.48.

tauration d'un conseil d'entreprise. Ce sont donc eux qui font le choix de se départir de leur vocation naturelle à la négociation collective au profit des institutions représentatives du personnel. Cette défense n'apparaît toutefois pas pleinement convaincante. D'une part, le droit à la négociation collective, en ce qu'il n'est qu'une garantie du droit de participation et de la liberté syndicale, semble indisponible (40). Si les conditions d'accès au droit à la négociation collective peuvent être réglementées, notamment en instituant une condition de représentativité prouvée, l'on ne peut, en revanche, anéantir totalement l'accès à cette prérogative à une organisation syndicale. Fût-ce l'effet d'une manifestation de volonté de leur part, les syndicats ne peuvent donc abdiquer leur droits à négocier et conclure des accords collectifs. D'autre part, et surtout, l'argument ne tient pas compte des conditions d'instauration du conseil d'entreprise, lequel n'est pas soumis à un consensus des syndicats représentatifs, mais à un accord majoritaire ou de branche étendu. Il sera donc tout à fait envisageable, pour un ou plusieurs syndicats, d'exclure de la négociation collective des syndicats représentatifs non signataires, qui se trouveraient privés de leur droit à la négociation collective. L'on notera à cet égard que la composition de la délégation chargée de négocier peut être librement déterminée par l'accord instituant le conseil d'entreprise (41), de sorte qu'il est parfaitement possible que les représentants de certains syndicats se trouvent totalement évincés de la négociation (42).

B. L'analyse au regard des normes internationales

La réflexion au prisme des normes internationales suscite un point de vue plus contrasté. Il existe, certes, de nombreuses normes qui, soit expressément, soit par le fait des organes chargés de les interpréter, protègent le droit à la négociation collective des organisations syndicales. La garantie conférée par ces textes ne paraît toutefois pas plus solide que celle des alinéas 6 et 8 de la Constitution (43). Le lien opéré par les normes internationales entre droit à la négociation collective et liberté syndicale concerne, en effet, des affaires particulières où la législation nationale interdit, en droit ou en pratique, la création d'orga-

nisations syndicales et, par capillarité, leur interdit d'accéder à la négociation collective. Rien n'indique qu'elles consacrent, comme le fait le droit interne français, un rapport de subsidiarité entre représentation syndicale et représentation élue dans l'accès à la négociation collective.

L'on peut toutefois trouver, dans l'article 5 de la convention OIT n°135, une garantie que semble ignorer le droit constitutionnel français. Le texte, d'applicabilité directe selon la Cour de cassation (44), dispose, en effet, que « *lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants* ».

La disposition se place sur le terrain des effets de la coexistence entre les représentations : la représentation élue d'une entreprise ne doit pas affecter l'épanouissement de la représentation syndicale. S'intéressant à leurs frottements potentiels, elle enjoint aux États d'éviter l'appauvrissement que la représentation élue pourrait entraîner sur la représentation syndicale. Or, n'est-il pas envisageable que l'instauration du conseil d'entreprise – représentation élue – affaiblisse la situation des syndicats dans l'entreprise ? La réponse doit bien évidemment rester nuancée, car l'on peut hésiter sur ce qui constitue un affaiblissement. Il reste qu'on ne peut exclure que l'instauration d'un conseil d'entreprise heurte cette exigence, ce même si on l'entend dans un sens étroit comme signifiant que la représentation élue ne doit pas pouvoir porter atteinte à la présence syndicale dans l'entreprise. Privé de l'instrument permettant une transformation de l'action syndicale en règle de droit, les syndicats se trouveraient, de fait, dépouillés d'une grande partie de leur utilité, ce qui ne saurait manquer de se répercuter sur leurs soutiens dans l'entreprise.

Joseph Morin

(40) En ce sens X. Carsin, *La renonciation en droit du travail*, Th. Dactyl. Paris 1, 2006, spéc., n° 116.

(41) C. trav., art. L.2321-7.

(42) On peut d'ailleurs interroger la validité même d'un tel accord. En s'appuyant sur la protection de la liberté syndicale et le principe d'égalité, la Cour de cassation a en effet dégagé un droit à l'égalité de traitement des syndicats représentatifs dans l'entreprise qui, à ce titre, doivent tous bénéficier des avantages institués par la convention collective (Cass. Soc. 29 mai 2001, n° 98-23.078, Bull. civ. V, n° 185).

(43) V. not. sur ce point. J.-H. Stahl, « L'abrogation implicite de la loi », RFDA, 2006, p.41. Chacun sait, par exemple, qu'en se fondant sur l'article 11 de la CESDH, la CEDH considère que le droit de mener des négociations collectives est l'« *un des éléments essentiels* » de la liberté syndicale. C'est le fameux arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie*. De même, le Comité de la liberté syndicale de l'OIT a considéré, sur le fondement des conventions OIT n° 98 et 135, que « *le droit de négocier librement avec les employeurs au sujet des conditions de travail constitue un élément essentiel de la liberté syndicale* ».

(44) Cass. Soc. 16 décembre 2014, n° 13-21.203, P+B.