

ORDONNANCES MACRON ET NORMES SUPRA-LÉGALES

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

La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales

par Fabrice ROSA, Professeur à l'Université de Reims

PLAN

I. Une ingérence dans le droit des syndicats de mener des négociations collectives ?

1. Mise en cause de la liberté syndicale au niveau de l'entreprise
2. Mise en cause de la liberté syndicale au niveau de négociation supérieur

II. Un manquement à l'obligation de promouvoir le droit des syndicats à la négociation collective ?

1. Fondements de l'obligation
2. Identification des mesures positives

III. Une atteinte au droit à la négociation collective prise en tant que procédure de concertation ?

En ces temps de profonde mutation économique, la liberté syndicale et le droit à la négociation collective constituent-ils des freins à l'adaptation des plus petites entreprises ? Voici une interrogation provocatrice que suggère la lecture des dispositions de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 introduisant des « modalités de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés » (1). Dans ces petites structures, et en l'absence de délégués syndicaux, la conclusion d'accords collectifs ou d'avenants de révision résulte désormais exclusivement de la ratification par les salariés d'un « projet d'accord » que l'employeur propose à chaque salarié sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective (2). S'il est ratifié dans un délai minimum de 15 jours à la majorité des deux tiers, l'accord proposé est « considéré comme un accord d'entreprise valide ». Une telle procédure, qui fait l'économie de toute discussion avec la collectivité des salariés, est censée, par fiction légale, « favoriser les conditions de mise en œuvre de la négociation collective » (3). L'initiative des salariés ne refait surface que dans l'acte de dénonciation (4).

Ce mode original de confection de l'accord collectif suscite d'autant plus l'attention qu'il se substitue, dans les entreprises de moins de 11 salariés, à l'ancienne procédure de mandatement de salariés par les organisations syndicales représentatives dans la branche. À l'appui de cette décision, le Gouvernement avait mis en avant le faible succès rencontré par le mandatement. Pourtant, ce mécanisme demeure un mode possible de négociation au sein des entreprises de plus grande taille et qui sont dépourvues de délégués syndicaux (5). Le seul constat d'échec de la procédure de mandatement ne suffit pas, dès lors, à expliquer le sort particulier réservé à la négociation collective dans les entreprises de plus petite taille. Derrière ce paramétrage des modes de négociation se lit en creux l'objectif de promouvoir dans ces structures une réglementation « d'origine » patronale, à laquelle la procédure de ratification donnera son sceau de légitimité (6).

Ces dispositions, qui portent un dévoiement de la notion de négociation collective, suscitent les plus vives réserves (7). Considérant l'objectif du

législateur de « développer les accords collectifs dans les petites entreprises en prenant en compte l'absence fréquente de représentants des salariés

(1) Intitulé de la rubrique comprenant l'article L.2232-21 du Code du travail, le texte ayant été révisé par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018. Ces règles s'appliquent également aux entreprises qui emploient jusqu'à 20 salariés lorsqu'elles n'ont pas de CSE (article L. 2232-23 du code du travail).

(2) Y compris les accords de performance collective régis par l'article L. 2254-2 du Code du travail.

(3) Titre II de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

(4) Article L. 2232-22 du Code du travail (loi n°2018-217 du 29 mars 2018, art. 2) : l'accord ou l'avenant de révision peut également être dénoncé à l'initiative des salariés dans les conditions prévues par l'accord ou, à défaut de stipulation expresse, par les

salariés représentant les deux tiers du personnel (procédure de notification écrite et collective). La dénonciation à l'initiative des salariés ne peut avoir lieu que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord.

(5) Parmi d'autres mécanismes (pour les entreprises de 11 à 49 salariés et celles qui emploient au moins 50 salariés ; cf. art. L. 2232-23 et suivants du code du travail).

(6) En ce sens, P. Lokiec, « Vers un nouveau droit du travail », D. 2017, p. 2109.

(7) M.-L. Morin, « Derrière le « pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », Dr. Ouvr. 2017.590 ; P. Lokiec, « Vers un nouveau droit du travail », D. 2017, p. 2109.

pouvant négocier de tels accords », le Conseil constitutionnel a cependant conclu que les dispositions en cause « ne méconnaissent ni le principe de participation des travailleurs, ni la liberté syndicale » (8). Une fois de plus, la décision du juge constitutionnel frappe par la relative brièveté de sa motivation. Le juge reconnaît de fait au législateur une importante marge de manœuvre pour décider des modalités de mise en œuvre du principe de participation. C'est, dès lors, vers les normes internationales et européennes qu'il faut se tourner pour concevoir un contrôle plus exigeant des éventuelles atteintes aux droits et libertés fondamentaux en cause.

L'Union européenne n'étant pas compétente pour réglementer directement la liberté syndicale et le droit de négociation collective (9), trois systèmes de normes apparaissent pertinents : les conventions de l'Organisation internationale du Travail (10), la Convention européenne des Droits de l'Homme (11) et la Charte sociale européenne (12). Chacun de ces trois systèmes normatifs protège le droit à la négociation collective en liaison étroite avec le principe de liberté syndicale. Les États parties à ces différents instruments normatifs s'obligent à promouvoir la négociation collective par l'intermédiaire d'organisations de travailleurs appréhendées comme les mieux à même de défendre les intérêts de la collectivité des travailleurs. Le droit de mener des

négociations est ainsi conçu comme une composante de la liberté syndicale. Soulignons que les dispositions en cause relatives à la liberté syndicale et au droit à la négociation collective sont pourvues d'un effet direct (13) qui autorise les justiciables à les invoquer devant le juge interne (14).

Un premier examen des nouvelles modalités de négociation dans les entreprises de moins de 11 salariés, au regard des normes supra-légales, suscite trois questionnements, qui n'épuiseront sans doute pas la discussion. En institutionnalisant la conclusion d'un accord collectif sans véritable négociation, l'ordonnance est susceptible d'altérer le droit des syndicats de mener des négociations collectives. C'est la première atteinte éventuelle à la liberté syndicale qui doit être examinée (I). De surcroît, le dispositif étudié pourrait caractériser une violation de l'obligation incombant à l'État de promouvoir activement le droit à négociation collective des syndicats par une meilleure implantation des représentants syndicaux (II). En dernier lieu, se pose la question de savoir si la mise en place d'une procédure largement empreinte d'unilatéralisme ne méconnaît pas à tout le moins le droit de négociation collective entendu comme la possibilité effective pour la collectivité des travailleurs de peser sur le contenu des règles qui leur seront applicables (III).

I. Une ingérence dans le droit des syndicats de mener des négociations collectives ?

La procédure d'élaboration de l'accord collectif dans les très petites entreprises pourrait d'abord être discutée en ce qu'elle tient les organisations syndicales à l'écart de la négociation collective (1.). Dans un second temps, on portera l'attention sur le droit à la négociation collective des syndicats au niveau de la branche, qui est potentiellement mis en cause par les dispositions étudiées (2.).

1. Mise en cause de la liberté syndicale au niveau de l'entreprise

Dans des entreprises de moins de 11 salariés dépourvues de délégués syndicaux, l'existence d'une atteinte à la liberté syndicale ne saurait résulter de la mise en place d'une négociation sans la médiation des organisations syndicales. Selon des formula-

(8) Cons. const. 21 mars 2018, décision 2018-761 DC, ratification des ordonnances travail.

(9) Article 157, § 5 TFUE ; v. Juris-Cl. Europe, Fasc. 612, par P. Rodière, 2014.

(10) Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948 ; convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949 et convention n° 154 sur la négociation collective de 1981.

(11) Article 11 relatif à la liberté de réunion, dont certaines dispositions se rapportent au droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats.

(12) Articles 5 (droit syndical) et 6 (droit de négociation collective).

(13) V. J.-F. Akandji-Kombe, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen

des droits sociaux du 23 juin 2010 », RDT, 2011, p.233. La Chambre sociale de la Cour de cassation examine régulièrement des moyens de cassation fondés sur les conventions de l'OIT (conventions n° 87, 98, 154) ou certaines dispositions de la Charte sociale européenne (articles 5 et 6), en l'occurrence relatives à la liberté syndicale et la négociation collective (Cass. Soc. 14 avril 2010, n° 09-60.426, Bull., V, n° 210).

(14) Même si l'on souligne habituellement que l'effectivité concrète des dispositions de la Charte sociale européenne est plus incertaine, faute d'un véritable système de sanctions. Comme le souligne J.-F. Akandji Kombé, « les États membres sont tenus de respecter les dispositions telles qu'elles sont interprétées par son organe de contrôle, mais, si l'obligation existe bel et bien, elle n'est assortie d'aucune sanction » (art. préc.).

tions variables, les différents instruments normatifs autorisent, en effet, des modalités alternatives de négociation collective pour pallier l'inexistence d'organisations syndicales dans l'entreprise.

Dans le système de l'OIT, la recommandation n°91 sur les conventions collectives de 1951 précise ainsi qu'en l'absence d'organisations représentatives de travailleurs, la négociation peut être menée par des « *représentants des travailleurs intéressés dûment élus et mandatés par ces derniers* ». Avec peut-être un peu plus de largesse, la convention ultérieure n° 154 sur la négociation collective de 1981 reconnaît la possibilité aux États de « *déterminer dans quelle mesure le terme « négociation collective » devra également englober, aux fins de la présente convention* », les négociations menées avec des représentants élus. La négociation par des représentants élus n'est sans doute pas placée sur le même plan que la négociation conduite par des syndicats. Les normes qui en consacrent le principe portent, en tout cas, à conclure que les organisations syndicales ne pourront arguer d'une atteinte à leur droit à négociation collective dans les entreprises où les seuils de désignation de représentants syndicaux ne sont pas atteints.

Selon la conception qu'en donne la Cour de Strasbourg depuis l'arrêt fondateur *Demir et Baykara* (15), la liberté syndicale protégée par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme implique le droit de mener des négociations collectives pour améliorer les conditions de travail des travailleurs. Des principales décisions prononcées sur le fondement de cette disposition, il ressort qu'un État ne saurait, sans justifier d'un besoin social impérieux et sans démontrer l'existence d'un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, interdire absolument à un syndicat de mener des négociations collectives (16) ou remettre en cause le fruit de ces négociations (17). Il ne pourrait pas davantage créer un environnement défavorable à la conclusion d'accords collectifs en dissuadant les travailleurs d'apporter leur concours aux syndicats (18). Ceci étant, à l'image des conventions de l'OIT, la Cour ne semble pas exclure que le

droit de négociation collective soit dévolu à des représentants autres que syndicaux lorsque les organisations syndicales ne sont pas représentées au sein de l'entreprise (19).

En définitive, les normes étudiées n'accordent pas aux syndicats un droit exclusif de mener des négociations collectives qui interdirait aux États d'instituer des modes alternatifs de négociation pour remédier à l'absence de représentants syndicaux au sein de l'entreprise. Dans les très petites entreprises dépourvues de délégués syndicaux, la procédure de ratification d'un projet d'accord élaboré par l'employeur ne porte donc pas atteinte au droit des syndicats de mener des négociations collectives. Mais l'analyse doit dépasser le strict cadre de l'entreprise pour englober le droit à la négociation collective au niveau supérieur.

2. Mise en cause de la liberté syndicale au niveau de négociation supérieur

Si, par projet d'accord élaboré unilatéralement – fût-il ratifié –, l'employeur peut évincer les dispositions négociées au niveau de la branche, n'est-ce pas la liberté syndicale à ce niveau supérieur de négociation qui est fortement mise en cause ?

Dans le cadre du système de l'OIT, cette interrogation doit être examinée à la lumière de la convention n° 154 sur la négociation collective de 1981. En même temps qu'elle reconnaît au législateur la possibilité de confier la négociation collective à des représentants élus (20), cette convention impose aux États de prendre des « *mesures appropriées (...), chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de ces représentants ne puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs* » (21). Vient corroborer cette règle l'article 8 de la même convention, aux termes duquel « *les mesures prises en vue de promouvoir la négociation collective ne pourront être conçues ou appliquées de manière qu'elles entravent la liberté de négociation collective* ».

Ces exigences sont posées en des termes suffisamment larges pour recouvrir, comme on le suggère

(15) CEDH 12 novembre 2008, n°34.503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, D. 2009.739, chron. J.-P. Marguenaud et J. Mouly.

(16) Arrêt *Demir et Baykara*, préc., à propos de fonctionnaires.

(17) La Cour a condamné la législation qui permettait à une juridiction d'annuler sans justification circonstanciée une convention collective conclue par un syndicat d'agents publics aux fins d'obtenir un supplément de salaire au bénéfice des membres du syndicat (arrêt *Tüm Bel Sen c/ Turquie* du 18 février 2014 ; J.-P. Marguenaud et J. Mouly, Chron. de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail, année 2014, Dr. Soc., 2015, pp. 719 et s.).

(18) CEDH 2 juillet 2002, n°30.668/96, n°30.671/96 et n°30.678/96, *Wilson et The National Union of Journalists e. a. c/ Royaume-Uni*,

§ 48, qui juge contraire aux exigences de la liberté syndicale la faculté laissée aux employeurs de chercher, par l'octroi d'avantages financiers, à dissuader les salariés d'adhérer à des syndicats.

(19) Une conception similaire du droit à négociation collective des syndicats paraît, du reste, retenue par le Comité européen des droits sociaux Pour un panorama récent : J.-P. Marguenaud, J. Mouly, C. Nivard, « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », RDT, 2017, pp. 12 et s.

(20) Au sens de l'article 3, alinéa b, de la convention n° 135 de 1971 sur les représentants des travailleurs.

(21) Article 3, alinéa 2.

ici, le droit de négociation des syndicats au niveau de la branche. Or, dans le contexte des nouvelles règles d'articulation des normes collectives, ce droit devient une coquille vide si les employeurs peuvent sans procédure de négociation préalable – élaborer des accords d'entreprise qui sont susceptibles de s'appliquer prioritairement par rapport aux accords conclus au niveau de la branche.

Cette thèse bute cependant sur le droit des États de prendre « des mesures adaptées aux circonstances nationales » pour favoriser la négociation « à quelque niveau que ce soit » (22) et donner « primauté » à l'un de ces derniers (23), tel le niveau de l'entreprise. L'effacement relatif de la liberté de négociation des syndicats au niveau de la branche ne peut, dès lors, être condamné sans être préalablement mis en balance avec l'objectif de promotion de la négociation collective dans le cadre de l'entreprise. En faveur d'un constat de violation de la liberté syndicale, on pourrait peut-être faire valoir que la procédure de ratification ne promet pas une véritable négociation collective.

Cette analyse suggérée sur le fondement des conventions de l'OIT ne paraît pas trouver de prolongements sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme semble, pour l'heure, peu disposée à amplifier la portée du droit à négociation collective qu'elle avait consacré dans l'arrêt *Demir et Baykara* (24). On pourra, en revanche, avec plus de profit, tirer parti d'une prise de position du Comité européen des droits sociaux sur les réformes espagnoles du marché du travail de 2012 (25). Dans des conclusions XX-3 (2014) publiées en 2015, le Comité juge non conforme à la Charte une loi de 2012 qui permet aux employeurs de décider unilatéralement de ne pas appliquer des conditions convenues dans les conventions collectives conclues au niveau des entreprises. La législation espagnole exigeait seulement que cette décision patronale repose sur des raisons économiques, d'organisation technique ou de production (26), sans toutefois définir suffisamment les « bases » d'une inapplication unilatérale de l'accord conclu (27). Le Comité conclut que « la légitimation de dérogation unilatérale des conventions collectives librement négociées est en violation

de l'obligation de promouvoir les procédures de négociation ».

Absence de négociation. Par analogie, il n'est pas interdit de transposer ce raisonnement à l'hypothèse d'une dérogation unilatérale à l'accord *conclu au niveau de la branche*. Au premier regard, le dispositif français paraît toutefois échapper à toute critique, puisqu'il associe les membres du personnel à la validation de l'accord au moyen de la procédure de ratification. Cette analyse est cependant discutable, tant il est vrai que la ratification n'équivaut pas, loin s'en faut, à une possibilité effective de négociation des termes de l'accord. Nonobstant la ratification, l'acte portera, en effet, l'empreinte des seuls choix patronaux. En cas d'absence de ratification, l'employeur sera peut-être porté à organiser une véritable négociation, mais rien, juridiquement, ne l'y oblige. Au demeurant, même si l'on devait se satisfaire d'un consentement de la collectivité des salariés, la procédure de ratification n'est pas de nature à garantir une libre expression du consentement dans des structures de petite dimension, où les travailleurs sont placés dans un face-à-face direct avec l'employeur. Dans ces conditions, une ingérence dans le droit à la négociation des syndicats au niveau de la branche ne saurait être exclue par la seule mise en œuvre de la procédure de ratification.

Formes de l'éviction de l'accord négocié au niveau supérieur. Encore faut-il caractériser la nature de la restriction au droit des syndicats. Dans les domaines où prévaut l'accord de branche, les accords d'entreprise ne peuvent comporter des stipulations différentes qu'à condition d'assurer des « garanties au moins équivalentes » à celles de l'accord de branche (28). Le respect substantiel des garanties protectrices négociées exclut, sans doute, l'existence d'une atteinte à la liberté syndicale des parties à l'acte.

Peut-on, pour le reste, parler d'atteinte au droit de négociation des syndicats lorsque l'accord de branche, dans un large champ de la négociation (29), devient *supplétif* au regard de l'accord d'entreprise ? En première analyse, le principe de priorité de l'accord d'entreprise paraît respecter formellement la force normative de l'accord de branche. La suppléativité ne

(22) Recommandation n° 163 sur la négociation collective, 1981, paragraphe 4 ; v. également l'étude d'ensemble de la Conférence internationale du travail, 2012, « Donner un visage humain à la mondialisation », n° 223, avec les références citées, n° 222.

(23) V. l'étude d'ensemble de la conférence internationale du travail, 2012, « Donner un visage humain à la mondialisation », n° 223, avec les références citées.

(24) V. *supra* pour quelques exemples de défense du droit à la négociation collective.

(25) L'Espagne n'ayant pas ratifié la charte révisée de 1996, ni le protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de

réclamations collectives, le Comité avait, de son propre chef, entrepris l'analyse de ces réformes.

(26) Si une période de consultation est prévue entre l'employeur et les représentants des travailleurs, l'employeur aura le dernier mot.

(27) Un recours était ouvert aux salariés devant les tribunaux contre la dérogation de l'employeur, mais dans des conditions jugées insuffisantes par le Comité.

(28) Cf. les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail.

(29) Article L. 2253-3 du code du travail

neutralise pas les dispositions d'une norme qui avait vocation à s'appliquer : tout différemment, elle lui assigne, dès l'origine, une place de second rang. Cette considération purement technique ne suffit pas à exclure que l'employeur ait, en pratique, par le biais de l'élaboration d'un projet d'accord soumis à ratification, une certaine latitude pour circonscrire le droit effectif des syndicats à conduire des négociations au niveau de la branche. Il paraît donc bien possible de déceler une ingérence dans la liberté syndicale des organisations parties à un accord de branche, qui

appelle à tout le moins un contrôle de justification et de proportionnalité (30).

Les modalités de conclusion de l'accord dans les très petites entreprises emportent, en définitive, une mise en cause de la liberté syndicale des organisations syndicales, non parce qu'elles privent ces dernières d'une possibilité de négociation au sein de l'entreprise, mais parce qu'elles ont pour effet de rendre ineffective, dans certains domaines, la convention conclue au niveau de la branche.

II. Un manquement à l'obligation de promouvoir le droit des syndicats à la négociation collective ?

Les instruments normatifs invoqués soumettent également les États parties à l'obligation de prendre des mesures en vue de rendre plus effectif le droit à la négociation collective. On constatera que c'est dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme que cette sorte d'obligation positive est la plus achevée (1.). Il faudra, dans un second temps, identifier les mesures positives que le législateur aurait pu prendre (2.).

1. Fondements de l'obligation

La convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949 prévoit, en son article 4, que des mesures appropriées aux conditions nationales doivent être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation des procédures de négociation volontaire de conventions collectives. L'État doit ainsi mettre en œuvre des moyens pour stimuler la négociation collective par l'intermédiaire de représentants syndicaux. C'est ce que confirme, par exemple, un rapport du Comité de la liberté syndicale de novembre 2011 (31) visant la loi du 20 août 2008 et, en particulier, ses dispositions organisant des possibilités de dérogation au principe de négociation par des représentants syndicaux. Alors même que le Gouvernement français arguait, au soutien de la réforme, de la faible implantation syndicale dans les petites

entreprises, le Comité recommandait que la mise en œuvre de ces dispositions dans la pratique n'aboutisse pas à une situation de recours plus systématique à la négociation avec des représentants élus ou mandatés, au détriment de la négociation avec des délégués syndicaux. On pourrait rapprocher de ces lignes directrices l'article 6 § 2 de la Charte sociale européenne, dont il résulte que les États doivent promouvoir, « d'une façon positive, avec l'aide de moyens appropriés » (32), des procédures de négociation volontaire entre les employeurs et les organisations de travailleurs. Le Comité européen des droits sociaux rappelle à l'occasion que « les États contractants se sont engagés à promouvoir activement la conclusion d'accords collectifs » (33).

Ce concept d'obligation positive est également consacré dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, où il est doté de contours encore plus fermes. De longue date, la Cour de Strasbourg invite les États à adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger effectivement le droit considéré (34). L'obligation positive est soumise au critère du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble (35). Des garde-fous ont cependant été posés (36), tenant en particulier à la marge d'appréciation nationale (37). Il faudrait que

(30) Dans les conclusions XX-3, le Comité rappelle « que lorsqu'ils arrêtent des dispositions tendant à restreindre les droits prévus par la Charte, les États parties doivent être en mesure d'établir, conformément à l'article 31 de celle-ci, que les restrictions ou limitations sont nécessaires dans une société démocratique pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs (Réclamation collective n°80/2012, Syndicat des Pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE) c. Grèce, § 65) ».

(31) Sur dépôt d'une plainte formée par la CGT-FO.

(32) Conclusions I de 1969.

(33) Conclusions XX-3 (2004).

(34) V. par ex., CEDH 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, n° 16.798/90.

(35) CEDH, *Hatton et al. c/ Royaume-Uni*, n° 36.022/97, § 96.

(36) CEDH, *Hatton et al. c/ Royaume-Uni*, préc., § 96.

(37) V. en matière de liberté syndicale, la Cour invoquant le « caractère sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs, et compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard » (CEDH, 2 juillet 2002, *Wilson et Union nationale des journalistes c/ Royaume-Uni*, n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 44).

soit en cause une atteinte directe au cœur même du droit garanti pour que cette marge soit réduite et que la Cour intensifie son contrôle de proportionnalité. Reste à caractériser, en matière de liberté syndicale et de négociation collective, les mesures qu'aurait pu prendre le législateur.

2. Identification des mesures positives

Quelle mesure positive peut-il être reproché au législateur de n'avoir pas mise en œuvre pour remédier à l'absence de représentants syndicaux dans les entreprises en cause ? De prime abord, on pourrait songer à un *abaissement des seuils* de désignation des délégués syndicaux. Si l'on garde à l'esprit le faible impact de tels abaissements réalisés par voie conventionnelle (38), on peut cependant douter qu'une modification de la législation puisse suffire à remédier au problème de la représentation dans les très petites entreprises.

L'interrogation se déplace alors : pourquoi le législateur a-t-il supprimé, dans les entreprises de moins de 11 salariés, le mandatement de salariés par les organisations syndicales représentatives au niveau de

la branche ? Si la procédure de mandatement a été, jusqu'à présent, peu employée, sa suppression – qui plus est, dans les seules entreprises de moins de 11 salariés – n'était pas justifiée, alors que, de surcroît, manquent les études de terrain qui permettraient d'expliquer l'échec du mandatement syndical (39). Comme cela a été souligné à juste titre, la primauté généralisée de l'accord d'entreprise aurait été de nature à « *revitaliser* » (40) le dispositif. Ajoutons que le mandatement, jusque-là laissé en déshérence, aurait pu apparaître, aux yeux des salariés et des organisations syndicales, comme une alternative préférable à la procédure d'élaboration unilatérale de l'accord. Sans qu'il soit possible d'épuiser le sujet (41), on peut encore avancer que le législateur aurait pu explorer d'autres pistes, comme le développement de la négociation dans le cadre de commissions paritaires régionales interprofessionnelles (42). Ce renoncement du législateur à concevoir toute modalité rénovée d'une négociation véritable est vraisemblablement de nature à pérenniser la faiblesse de la représentation syndicale au sein des entreprises. C'est un choix qui devrait être utilement discuté au regard de l'obligation de promouvoir la négociation collective.

III. Une atteinte au droit à la négociation collective prise en tant que procédure de concertation ?

Venons-en au cœur même de la protection organisée par les différentes normes mobilisées. Le législateur pouvait-il, en tout état de cause, consacrer une procédure d'élaboration de l'accord collectif sans aucune forme de discussion, qu'elle soit ou non préalable ? Cette interrogation porte à appréhender le droit à la négociation collective en tant qu'il garantit une possibilité effective pour les salariés d'influer sur la production des normes collective, indépendamment même de la nature des représentants.

On relèvera, à cet égard, que, dans le cadre de l'OIT, la négociation collective recouvre « *toutes négociations* » conduites par l'intermédiaire d'organisations de travailleurs ou de représentants élus. Si les normes mises à l'étude consacrent ainsi le principe d'une nécessaire intermédiation, elles ont avant tout pour

objet de garantir une « *forme de discussion, formelle ou informelle* » (43) irréductible à une simple « *consultation* ». Comme un écho à cette exigence, l'article 8 de la convention n° 154 pose en principe que les mesures destinées à promouvoir la négociation collective ne peuvent être conçues « *de manière qu'elles entravent la liberté de négociation collective* ». À la lumière de ces règles combinées, le dispositif interne examiné pourrait être contesté en tant qu'il dévoie la notion de négociation collective et joue comme une « *entrave* » à l'expression du droit des travailleurs à la négociation collective.

Un raisonnement analogue pourrait être conduit sur le fondement de la Charte sociale européenne, qui consacre, par deux dispositions distinctes (articles 5 et 6), la liberté syndicale et le droit à la négociation

(38) Sur les conditions desquels, v. Rép. Dalloz, « Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise », M. Grévy, n° 26.

(39) En ce sens, F. Canut, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Dr. Soc., 2017, pp. 1033 et s.

(40) V. H.-J. Legrand, « Négociation collective et petites entreprises : le Conseil constitutionnel valide les faux-semblants des ordonnances », Sem. Soc. Lamy, n° 1809, 3 avril 2018.

(41) V. par ex., F. Canut, art. préc., Dr. Soc., 2017, p. 1033 ; P.-Y. Verkindt, « Brèves remarques sur le cadre de la représentation du personnel dans la proposition du GR-PACT », Dr. Soc., 2018, p. 267.

(42) Ces commissions instituées par la loi du 17 août 2015 visent à assurer une représentation territoriale aux salariés des entreprises de moins de 11 salariés, mais ne peuvent conclure des accords collectifs.

(43) Cf. le guide politique mis à disposition sur le site internet de l'OIT.

collective. Une telle formalisation des garanties autorise peut-être une autonomisation du droit à une véritable négociation collective par rapport à la liberté syndicale. En ce sens, une décision *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, en date du 3 juillet 2013, pourrait être exploitée (n°85/2012). Dans cette affaire, le Comité européen des droits sociaux se prononçait sur la législation suédoise adoptée après les fameux arrêts *Laval et Viking* de 2007. Cette loi avait pour objet de conformer le droit suédois au droit de l'Union européenne (44). Elle prévoyait, en substance, que l'action collective ayant pour objet de régler la situation des travailleurs détachés pouvait tendre uniquement à la conclusion d'une convention collective portant sur le taux de rémunération minimum ou d'autres conditions minimales.

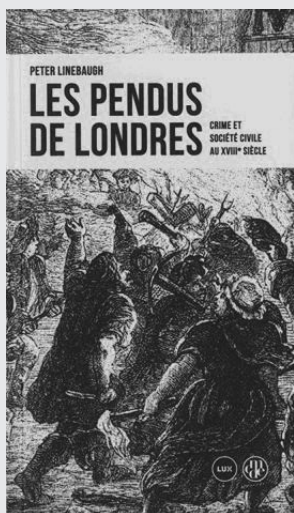
Pareille disposition était susceptible de porter atteinte non seulement à la liberté syndicale, en raison de la limitation du droit d'action collective, mais aussi au droit des travailleurs à la négociation collective. Ce second volet de la contestation est bien envisagé à titre autonome. Le Comité rappelle, à cet égard, que « l'exercice du droit de négociation collective et du droit de mener des actions collectives que garantissent

les articles 6 § 2 et 6 § 4 de la Charte est essentiel à la jouissance d'autres droits fondamentaux garantis par la Charte ». Selon le Comité, les dispositions légales litigieuses imposaient de cette façon aux travailleurs détachés des limitations qui « ne favorisent pas l'institution de procédures appropriées de négociation volontaire entre les organisations patronales et syndicales en vue de régler les conditions de travail et d'emploi par le biais de conventions collectives ».

Le droit de la négociation collective est ainsi appréhendé comme le processus de discussion menant à la reconnaissance de droits substantiels. En d'autres termes, le droit de mener un processus « mutuel » de discussion fait l'objet d'une protection spécifique, indépendamment même de la qualité des négociateurs. Bien qu'il faille interpréter avec prudence cette décision, il pourrait s'en évincer qu'une disposition nationale privant les salariés d'une possibilité effective d'influer sur le contenu de l'accord pourrait être utilement contestée. Cet axe d'analyse, comme les quelques pistes suggérées dans cette étude, gagneraient bien entendu à être approfondis. Les normes supra-légales offrent à cet effet suffisamment de ressources argumentatives.

Fabrice Rosa

(44) En l'occurrence, la directive concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.



Éditions Lux - Mai 2018
ISBN 2895962758
648 pages - 29 euros

LES PENDUS DE LONDRES CRIME ET SOCIÉTÉ CIVILE AU XVIII^E SIÈCLE

Par Peter Linebaugh

Au XVIII^e siècle à Londres, la potence ne sert pas seulement à punir les criminels. Elle contribue aussi à imposer aux pauvres la tyrannie du capitalisme moderne naissant. La pendaison est un spectacle dissuasif pour quiconque tenterait de contrevenir à la loi de la propriété privée, ne fût-ce que pour ne pas mourir de faim.

Mêlant habilement l'analyse historique minutieuse et le récit picaresque, *Les pendus de Londres* dresse une histoire sociale du crime, le récit de la justice et de la peine capitale. En recourant à une abondance de sources primaires – archives judiciaires, chansons et poèmes populaires, confessions et dernières paroles de condamnés –, l'auteur fait revivre les pendus, ces travailleurs ordinaires que rien ne destinait à la potence mais dont les usages et les coutumes apparaissaient comme une menace pour les élites au pouvoir.

Peter Linebaugh, disciple d'E.P. Thompson, a publié ce classique de l'« histoire par en bas » en 1991, ouvrage enfin traduit en français grâce aux efforts communs du CMDE et de Lux.

Traduit de l'anglais (États-Unis) par Frédéric Cotton et Elsa Quéré.

Édition préfacée et annotée par Philippe Minard.