

REPRÉSENTATION ET NÉGOCIATION COLLECTIVES À LA LUMIÈRE DES ORDONNANCES MACRON

Ouverture du colloque

La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise

par Nicolas MOIZARD, professeur à l'Université de Strasbourg,
Directeur de l'Institut du travail

PLAN

- I. Des syndicats prioritaires dans la négociation ?
- II. Le « tout négociable »

Le Directeur général du travail observait récemment que « *les ordonnances ont... fait le pari d'un changement d'ampleur du cadre des relations collectives de travail en impulsant la mutation d'un corpus de règles uniformes et verticales vers un cadre co-construit sur le terrain par le dialogue social dans les entreprises et les branches* » (1). L'impulsion doit naître d'un dialogue social, dont les participants partageraient la culture. Face à une condition d'indépendance à l'égard de l'employeur, qui s'affadit à mesure que se diversifient les agents de la négociation, c'est une forme de reconnaissance mutuelle entre les négociateurs qui est recherchée (2). Un nouvel outil de formation, les formations communes, est dédié à cette culture du dialogue social. Celles-ci ont été instituées par la loi « Travail » du 8 août 2016 (3), dont le cahier des charges, défini par l'INTEFP, a été récemment publié. Ces formations rassemblent employeurs et représentants des travailleurs, y compris les salariés sans mandat. Elles visent « *au développement d'un dialogue social de qualité* » (4). Sans être défini dans la loi, le dialogue social serait compris ici dans son acception large, qui est celle du Bureau international du travail et qui recouvre toutes les formes de négociation, de consultation, d'information et de concertation, à quelque niveau que ce soit et selon des modalités diverses, entre les représentants des employeurs et des travailleurs et, éventuellement, des pouvoirs publics, sur des questions économiques et sociales présentant un intérêt commun. Cette définition convient aux dispositifs français récents. Elle est adaptable à différents contextes et acteurs. Le BIT a produit cette définition pour ne pas imposer *a priori* de choix entre les systèmes nationaux, alors que, reproduite en droit français, elle accompagne le délitement de la frontière entre la représentation élue des travailleurs et la représentation syndicale (5).

Les organisations syndicales ont largement intégré, depuis 1982, l'exercice de la négociation décentralisée au niveau de l'entreprise. Les ordonnances de 2017 et la loi de ratification modifient les repères existant jusqu'alors. Même s'ils font partie

du paysage depuis plusieurs années, d'autres agents de la négociation se voient reconnaître des fondations plus solides, en l'absence de délégués syndicaux (6). Tout est fait pour pallier l'absence de syndicats représentatifs dans l'entreprise. Les

(1) Y. Struillou, *Semaine Sociale Lamy*, n° 1835, 5 novembre 2018.

(2) À rapp. du respect de l'autonomie collective des partenaires sociaux européens lors de la négociation des accords européens « légiférants ». V. TPICE 16 juin 1998, UEAPME, T-135/96, Rec. p. II-2335.

(3) V. l'art. 33 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. V. notre contribution, « Le législateur doit-il favoriser la culture du dialogue social ? », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, 835 p., pp. 615-623.

(4) Cahier des charges général relatif aux formations communes aux salariés, aux employeurs, à leurs représentants, aux magistrats judiciaires ou administratifs et aux agents de la fonction publique pris conformément à l'article R. 2212-2 du Code du travail, art. 1.1, Objectif général de formation (Bull. officiel du ministère du Travail, n° 2018/7 du 30 juillet 2018).

(5) N. Maggi-Germain, « Sur le dialogue social », *Dr. Soc.* 2007, p. 798 ; v. J. Durringer, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. Ouvr.* 2016, p. 56.

(6) V. F. Canut, qui observe « *qu'il s'agit surtout de permettre la conclusion d'accords dérogatoires, l'employeur n'ayant nul besoin d'en passer par la voie négociée pour améliorer les lois d'ordre public social, l'engagement unilatéral y suffisant* » (« La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. Soc.* 2017, p. 1033). En faveur d'une consolidation du principe même de la négociation collective en l'absence de délégué syndical, v. C. Mariano, *La négociation substitutive d'entreprise*, thèse Université de Montpellier, 26 novembre 2018. V. également A. Mazeaud, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. Soc.* 2009, p. 669.

élus au comité social et économique devraient en être les bénéficiaires, les hypothèses de mandatement syndical de salariés n'ayant pas de réel développement en pratique (7). Les ordonnances amplifient d'ailleurs la négociation portant sur l'instance de représentation du personnel, dans un mouvement d'extension du champ du négociable. Attisant parfois la méfiance des organisations à l'approche de négociations, les effets du nouveau système législatif sont appréhendés. Les organisations syndicales ont de plus en plus de difficultés à identifier les dispositions légales protectrices.

Les équilibres doivent être recherchés autrement. Pour inciter à un dialogue de qualité, la loi incite à de nouveaux comportements et renvoient aux acteurs le soin de calibrer leurs méthodes de négociation.

Les récentes réformes amènent à se demander si la priorité accordée aux organisations syndicales dans la négociation a encore un sens (I). Elles instaurent un « tout négociable » dont les contours ne sont pas encore sécurisés (II) et qui impose un positionnement renouvelé des organisations syndicales.

I. Des syndicats prioritaires dans la négociation ?

Le législateur français a fait un double choix sur la négociation collective. D'une part, il privilégie, depuis quelques années, la négociation collective au niveau de l'entreprise (8). Le bilan de la négociation collective 2017 établi par le ministère du Travail montre encore une forte activité de négociation à ce niveau (9), même si elle est en baisse de 10 %, ce qui peut s'expliquer par la durée d'application des accords. D'autre part, la loi conçoit que la négociation collective puisse s'exercer normalement avec d'autres acteurs que les syndicats représentatifs, dès lors que ceux-ci sont absents de l'entreprise. Les accords collectifs sont principalement signés par des organisations syndicales (10) et, très souvent, par l'ensemble de celles qui sont représentatives dans l'entreprise. Mais, depuis plusieurs années, le législateur a ouvert la négociation à d'autres agents, le Conseil constitutionnel ayant précisé que les syndicats n'avaient pas de monopole de représentation des salariés en matière de négociation collective (11). Loin est le temps où l'on pouvait écrire que la « fonction de négociation au niveau de l'entreprise ou de l'établissement... apparaît comme une fonction exclusive des

délégués syndicaux » (12). Le système actuel privilégie la conclusion des accords collectifs, y compris sans les syndicats et sans qu'il y ait obligatoirement une négociation (13). Cette priorité donnée à l'accord collectif se retrouve dans des dispositions sur la sécurité juridique, comme le rescrit (14) ou la charge de la preuve de la contestation de la légalité d'un accord collectif (15). La présence du syndicat à la table des négociations est même compromise, alors qu'il existe des organisations représentatives, si le comité social et économique se transforme en conseil d'entreprise (16). La diversification des modalités de négociation interroge sur un rôle plus indirect du syndicat dans la négociation. Celui-ci doit déterminer ce qu'il entend par un mandatement de salariés et d'élus. La pratique du mandatement des élus n'est pas facile à exercer (17) et donne lieu à d'autres interrogations (18). La loi est silencieuse sur le contenu du mandatement. Certaines confédérations nationales représentatives y sont opposées. Pour celles qui l'acceptent, il reste à déterminer le champ laissé à l'élu ou au salarié mandaté. La loi se limite à fixer le nombre de mandatés par organisation. Il revient

(7) V. A. Servouze-Mercier et S. Mayoux, « Les ordonnances *Travail* révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? » JCP éd. S, n° 22, 5 juin 2018, p. 14.

(8) E. Peskine, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. Soc.* 2014, p. 439.

(9) 38.000 accords ont été signés au niveau de l'entreprise. V. ministère du Travail, *La négociation collective 2017*, Bilans et rapports, 2018, p. 606.

(10) 52,6 % des textes ont été signés par des délégués syndicaux ou des salariés mandatés. Il aurait été intéressant de connaître la part précise des accords signés par des salariés mandatés. Sur la propension à signer par chaque OS, v. *La négociation collective 2017*, préc., p. 615.

(11) C. Const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, cons. 8.

(12) J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, vol. II, *Le droit syndical dans l'entreprise*, Dalloz, 1984, n° 198. Ce n'est toutefois qu'à partir de la loi du 11 février 1950 qu'apparaît le monopole de représentation syndicale des salariés dans la négociation collective.

(13) Dans les entreprises de moins de 11 salariés et dans les entreprises de moins de 20 salariés sans élus, l'employeur peut soumettre un document à la consultation des salariés qui deviendra, s'il est adopté à la majorité des 2/3 du personnel, un « accord valide » (C. trav., art. L. 2232-21).

(14) Sur l'égalité professionnelle, v. l'art. L. 2242-9-1, C. trav.

(15) Art. L. 2262-13 C. trav.

(16) Art. L. 2321-1 C. trav.

(17) Il fait, en effet, que l'employeur informe les syndicats représentatifs de la branche de l'ouverture d'une négociation collective.

(18) S'agissant des accords relatifs au CSE, le Code du travail vise une majorité des élus ou prend en compte leur audience électorale. La question posée est, notamment, celle de savoir si seuls les élus ayant voix délibérative peuvent signer l'accord collectif. Sur la CSSCT, v. par ex. Cass. Soc. 13 février 2019, n° 17-27.889.

au syndicat, en application de la liberté syndicale, de décider s'il entend donner un mandat sans réserve ou s'il contrôlera, en amont et en aval, le contenu de la négociation. Dans tous ces cas, le mandatement n'est pas destiné, dans la loi, à accroître la présence syndicale dans l'entreprise.

Les hypothèses où les négociateurs sont mandatés par des organisations syndicales ne sont pas toujours privilégiées par rapport à la négociation avec les élus du personnel. Ce constat est significatif dans les entreprises de moins de 50 salariés, où l'activité conventionnelle est actuellement faible (19). Dans ces entreprises, à défaut de délégué syndical, des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique peuvent négocier et conclure des accords d'entreprise ou d'établissement. Contrairement aux entreprises de plus de 50 salariés, le Code du travail ne fait pas de hiérarchie entre les salariés mandatés par une organisation syndicale et un élu du CSE (20). Ces nouvelles modalités ont entraîné un positionnement ferme de la CFDT qui a dénoncé des « visions passéistes qui considèrent les OS comme des obstacles à contourner le plus possible » (21). Le Conseil constitutionnel n'y a vu aucune atteinte à la liberté syndicale. Selon lui, ces règles n'instaurent pas de priorité, ni de hiérarchie qui serait défavorable aux salariés mandatés par une organisation syndicale représentative, « dès lors que l'employeur peut négocier soit avec ces salariés mandatés, soit avec des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique » (22). La CGT-FO a également saisi, sans succès, le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret n°2017-1551 du 10 novembre 2017, relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords collectifs dans les entreprises entre 11 et moins de 50 salariés en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. Alors qu'il attribue un effet direct à l'article 3 de la Convention OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, le Conseil d'État refuse de reconnaître une atteinte à la liberté syndicale. Selon lui, les dispositions du Code du travail « qui ont pour objet, dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et quarante-neuf salariés, de permettre qu'un

accord d'entreprise puisse être négocié, conclu ou révisé malgré l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, ne portent nullement atteinte à la liberté d'organisation des organisations syndicales que ces stipulations garantissent » (23). L'objectif d'une couverture conventionnelle plus étendue l'emporte sur l'option d'un mandatement syndical prioritaire par rapport aux élus. Dans les entreprises entre 11 et 49 salariés, seul un système qui donnerait priorité aux élus, ici non mandatés, serait contestable.

Les signataires, du côté salariés, des accords de performance collective prévus par l'article L.2254-2 du Code du travail suscitent des interrogations. Les conditions posées pour ces accords sont très souples. Il s'agit de « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi ». Leurs effets sont, quant à eux, radicaux, puisqu'ils se substituent aux dispositions contraires des contrats de travail, notamment sur le temps de travail et la rémunération, et offrent à l'employeur un motif de licenciement des salariés qui refuseraient les effets de l'accord collectif sur leur contrat de travail. Le Conseil constitutionnel s'est déjà exprimé en faveur de la négociation d'adaptation (24). Sur les accords de performance collective, dans sa décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a estimé qu'« en vertu de l'article L.2232-12 du Code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique » (cons. 27). Pour Bernard Gauriau, « un accord de ce type ne saurait être conclu en l'absence de délégués syndicaux » (25), contrairement à ce qui se négocie dans la pratique. L'idée affleure que certains accords collectifs, compte tenu de leurs effets renforcés, supposeraient la signature syndicale pour être valides.

Une hiérarchisation entre les accords collectifs à travers les conditions de validité se retrouve dans les accords collectifs relatifs au CSE. Le Code du travail

(19) Dans les établissements de moins de 50 salariés, seuls 30 % des salariés appartiennent à des établissements dont le représentant de la direction déclare une négociation entre 2014 et 2016. V. « La négociation collective d'entreprise entre 2014 et 2016 : quelles caractéristiques, quelles pratiques ? », DARES, analyses, février 2019, n°011.

(20) Art. L. 2232-23-1 C. trav.

(21) V. les interventions sur le rapport d'activité au 49^{ème} congrès confédéral le 4 juin 2018 à Rennes (CFDT : syndicalisme hebdo, 7 juin 2018, n°3643). V. également la CFTC qui évoque des « risques de dérives » (Bilan, préc., p.80).

(22) C. Const., déc. n°2018-761 DC du 21 mars 2018.

(23) Conseil d'État, 1^{ère} et 4^{ème} sections chambres réunies, 18 février 2019, n°417.209.

(24) C. Const. déc. n°2012-649 DC du 15 mars 2012, cons. 14.

(25) B. Gauriau, « L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ? », JCP éd. S, 19 février 2019, act. 64 ; « L'accord de performance collective depuis la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 », Dr. Soc. 2018, p.504.

rappelle, curieusement, qu'un accord collectif sur le périmètre et/ou le fonctionnement du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés (26) ne peut intervenir entre l'employeur et la délégation élue du CSE qu'en « l'absence de délégué syndical ». Lorsque des syndicats représentatifs existent dans l'entreprise, ils bloquent la négociation avec les élus. L'objet de l'accord, qui prévoit l'implantation et les prérogatives de la représentation du personnel, supposerait un rappel explicite de la priorité des délégués syndicaux dans la conclusion de ces accords et des conditions plus exigeantes de validité. L'élément essentiel est surtout que ces accords sont majoritaires sans possibilité de recours au référendum (27). L'accord doit nécessairement être trouvé avec des syndicats représentant au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des seules organisations représentatives aux élections au CSE. L'audience électorale l'emporte sur le pluralisme syndical pour négocier sur une instance représentant l'intérêt collectif des salariés.

Si un syndicat est représentatif dans l'entreprise, il reste l'interlocuteur exclusif de l'employeur. Les règles de validité des accords collectifs valorisent le poids des organisations représentatives les plus importantes (28). On combat ainsi « la dispersion de la représentation syndicale » (29). À défaut de délégués syndicaux, l'employeur n'est pas toujours contraint, selon les effectifs de l'entreprise, de donner la priorité au mandatement syndical. Ce système de négociation, qui a créé des palliatifs à l'absence de syndicats représentatifs, se retrouve dans les règles sur la révision des accords collectifs. Des élus peuvent être amenés à réviser un accord antérieurement signé par des organisations syndicales (30). Il a pu être relevé que « le canal syndical et le canal électoral ne sont pas étanches l'un l'autre » (31). On ne comprend plus pourquoi il faudrait attribuer une

priorité aux syndicats, dès lors que tout est centré sur la légitimité électorale. Ajoutons à cela que la liberté syndicale devient de plus en plus relative. La valeur attribuée à celle-ci est également en discussion. Concernant la représentation équilibrée des sexes sur les listes électorales, la Chambre sociale de la Cour de cassation vient de mettre en balance la liberté syndicale avec d'autres libertés fondamentales (32). Dans cet équilibre, la liberté d'entreprendre pourrait être invoquée (33). Qu'est-ce qui, dans le système français, permet encore de justifier que les syndicats ont une « vocation naturelle » (34), notamment par la voie de la négociation collective, à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs ? Le recul opéré par la Chambre sociale de la Cour de cassation sur le contrôle des accords collectifs par le principe de l'égalité de traitement se justifie par le lien établi entre la représentativité des syndicats signataires et leur audience électorale (35). Cette dernière est-elle la seule à devoir être prise en considération ? Si c'était le cas, la présomption de justification des accords collectifs au regard du principe d'égalité de traitement devrait s'étendre aux élus, indépendamment de tout mandatement syndical (36). Les conditions imposées par le Code du travail sur la négociation avec les élus du CSE et les salariés mandatés, en termes d'indépendance, d'élaboration conjointe de l'accord, de concertation avec les salariés et de possibilité de prendre l'attache des organisations syndicales de la branche (37), font pâle figure par rapport à la liberté syndicale. L'appartenance à une organisation syndicale, outre son aspect individuel, a un corolaire dans l'action collective, qui peut se déployer dans l'entreprise à travers la présence d'une section syndicale. On peut s'interroger sur la réalité d'une action revendicative, éventuellement appuyée par une grève, dans une négociation avec les élus (38). Selon le Conseil constitutionnel, le législateur doit

(26) Pour le périmètre, v. l'art. L. 2313-2 du Code du travail et, pour le fonctionnement du CSE, v. l'art. L. 2312-19 du Code du travail.

(27) Les art. L. 2313-2 et L. 2312-19 du Code du travail renvoient à « un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 » et excluent donc le recours à la consultation des salariés visée au deuxième alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail.

(28) Il fait comptabiliser les suffrages exprimés en faveur des seules organisations représentatives au premier tour des élections des titulaires au CSE (art. L. 2232-12 C. trav.).

(29) V. par ex. C. Const., déc. 2010-42 QPC, *CGT-FO et autres*, cons. 6, sur la représentativité des syndicats catégoriels affiliés à une confédération syndicale catégorielle.

(30) V. C. art. L. 2232-23-1 C. trav. (entreprises de 11 à 49 salariés) et art. L. 2232-24 C. trav. (entreprises d'au moins 50 salariés).

(31) J.-M. Béraud, rapport sous Cass., Ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-40.007 QPC, RDT 2010, p. 564. V. également, du même auteur, « Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français », Dr. Soc. 2019, p. 196.

(32) Cass. Soc. 13 février 2019, n° 18-17.042, FS-P+B+R+I. À rapp. de la perte d'efficacité de la liberté syndicale pour établir le droit

des syndicats à accéder à la négociation collective, v. F. Petit, « La protection de la liberté syndicale par la Constitution », Dr. Soc. 2014, p. 340.

(33) Des inquiétudes peuvent naître sur l'expression syndicale dans le cadre du devoir de neutralité qui serait intégré dans un règlement intérieur (art. L. 3121-1 du Code du travail).

(34) C. Const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC.

(35) Cass. Soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, Bull. civ. V, n° 9.V. E. Peskine, qui observe une « aspiration des autres critères par le vote » (« La Chambre sociale, architecte imprudent de la négociation collective », RDT 2015, p. 339). La question se pose aussi pour le référendum. V. P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe, la vogue du référendum », Dr. Soc. 2019, p. 201.

(36) V. J.-G. Huglo, « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge », RJS 03/18, p. 179.

(37) Art. L. 2232-29 du Code du travail.

(38) Des inquiétudes émises par la doctrine sur des dispositifs précédents sont toujours d'actualité. V. G. Borenfreund, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Dr. Soc. 2004, p. 606.

garantir l'indépendance des agents de la négociation à l'égard de l'employeur (39). Or, le syndicalisme permet, par la désignation, d'assurer au mieux cette indépendance.

Si des syndicats représentatifs sont présents dans l'entreprise, ils se trouvent dans une position qui leur permet, dans un mouvement initié depuis plusieurs années (40), de façonner les récentes mutations.

II. Le « tout négociable »

Les syndicats sont désormais invités à un champ de négociation très large, qui peut avoir des effets radicaux sur les relations individuelles de travail. L'accroissement du champ de la négociation dans l'entreprise fait évoluer le droit du travail français en un « tout négociable ». Il n'est toutefois pas question d'un désengagement de l'État en matière de négociation collective d'entreprise. Il reste, dans le corps des règles d'ordre public, des règles sur la négociation obligatoire (41). De plus, comme nous l'avons vu, les modalités de conclusion des accords collectifs sont favorables à ce qu'une entreprise soit couverte par un accord.

Les négociateurs peuvent adapter avec l'employeur le niveau et la périodicité des négociations obligatoires (42). Rien n'impose, notamment, de conserver une périodicité annuelle de la négociation sur les salaires. On constate, comme le relève Alexandre Fabre, « une bi-latéralisation du droit de la négociation collective » (43). Les négociations obligatoires peuvent avoir lieu au niveau du groupe, et non plus au niveau de l'entreprise, si un accord de méthode conclu au niveau du groupe le permet (44). Allant plus loin, le Code du travail prévoit que les entreprises sont également dispensées d'engager une négociation obligatoire lorsqu'un accord portant sur le même thème a été conclu au niveau du groupe et remplit les conditions prévues par la loi (45). Enfin, un accord de groupe peut prévoir que ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans ce périmètre (46). Les organisations syndicales majoritaires au niveau du groupe peuvent donc évincer

l'engagement de la négociation au niveau des filiales. L'accord de groupe en cause aura un périmètre qui correspond aux filiales où ces organisations syndicales sont particulièrement implantées.

L'amplification du champ de la négociation collective accroît la difficulté d'entrer en négociation. Même si la Cour de cassation viendra en préciser les contours et les mécanismes, ce champ est, pour l'instant, instable. Les organisations syndicales y sont confrontées actuellement dans la mise en place du CSE, où l'objet de la négociation dépasse le seul protocole préélectoral. L'entrée en négociation suppose de bien déterminer les bornes légales de celle-ci. Jusqu'à la loi « Travail », le Code du travail attribuait des garanties minimales qui pouvaient, sous certaines conditions, être mises à l'écart par l'accord collectif (47). Depuis cette loi, en matière de temps de travail, et de façon généralisée depuis les ordonnances *Macron*, les dispositions du Code du travail sont présentées en un triptyque ordre public-champ de la négociation-dispositions supplétives. La place accordée par les organisations aux dispositions supplétives constitue un préalable important. Les négociateurs n'auront pas tous les mêmes positions sur la question. Les syndicats doivent décider si les dispositions supplétives correspondent à un plancher de la négociation. Lors de la négociation sur les moyens accordés au CSE, il est observé par des experts que les directions commencent par proposer les dispositions d'ordre public (48). Or, celles-ci n'ont pas été prévues comme étant le squelette d'une négociation. L'ordonnancement du Code du travail n'est pas toujours clair. Dans certaines situations, des dispositions d'ordre public ont été introduites dans le champ de la négociation. C'est le cas, par

(39) C. Const., déc. 96-383 DC du 8 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, considérant 9.

(40) V. not. la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

(41) A.-L. Mazaud, « Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017 », JCP éd. S, n° 27, 10 juillet 2018, 1232.

(42) Un accord collectif d'agenda social peut, en ce sens, être signé dans l'entreprise. V. l'art. L. 2242-10 du Code du travail.

(43) A. Fabre, « Réformes des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ? », Dr. Soc. 2015, p. 882.

(44) V. art. L. 2222-3-1 du Code du travail.

(45) Art. L. 2232-33 du Code du travail.

(46) Art. L. 2232-33 du Code du travail. La même disposition est prévue dans les relations entre l'accord d'entreprise et l'accord d'établissement (art. L. 2253-6 du Code du travail).

(47) Il convient toutefois de préciser que le système de l'annualisation du temps de travail avait déjà prévu une norme légale supplétive, dès la loi 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail sur des aspects quantitatifs (contingent) ou qualitatifs (répartition et aménagement des horaires).

(48) V. M. Klein, avocat, « Une chance gâchée », Semaine sociale Lamy du 4 février 2019, n° 1847, p. 9.

exemple, du nombre de réunions du CSE. Un accord collectif majoritaire peut définir le nombre de réunions annuelles du comité, qui ne peut être inférieur à six (49). Cette dernière précision, bien qu'intégrée dans le champ de la négociation, est bien une disposition d'ordre public. Par ailleurs, la condition d'application de ces dispositions supplétives doit être bien comprise par les négociateurs. Celles-ci s'appliquent « à défaut d'accord ». Faut-il y voir une obligation de négocier et une application si les négociations n'ont pas abouti (50) ? Cela autorise-t-il l'employeur à se dispenser de la négociation ? Il est possible que la Cour de cassation penche en faveur d'une obligation de négocier si elle étend son interprétation des textes sur la détermination du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel. Le Code du travail évoque la possibilité pour l'employeur de fixer unilatéralement le nombre et le périmètre des établissements distincts « en l'absence d'accord conclu » soit avec un délégué syndical ou à défaut avec le comité social et économique (51). Dans une décision du 17 avril 2019, la chambre sociale estime que c'est à bon droit que le tribunal d'instance « a dit que la société est tenue d'engager des négociations sincères et loyales concernant le nombre et le périmètre de ces établissements afin de permettre aux parties d'envisager l'élection de CSE d'établissements en application de l'article L. 2313-2 du Code du travail... » (52). La note explicative de l'arrêt est encore plus explicite sur l'obligation de négocier. Selon cette note, « la Cour de cassation, au regard de la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination du processus électoral et de l'importance particulière, à cet égard, de la détermination du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel, affirme que ce n'est qu'après avoir loyalement, mais vainement, tenté de négocier un accord sur le nombre et le périmètre des établissements distincts que l'employeur peut les fixer par décision unilatérale ». Dans ses prochaines décisions, la chambre sociale pourra restreindre cette interprétation à la mise en place du CSE ou uniformiser la signification de l'expression « en l'absence de » en faveur d'une obligation de négocier.

De plus, les dispositions supplétives ne constituent pas nécessairement une garantie pour les salariés. Là encore, l'exemple du CSE est éclairant.

L'article L.2315-45 du Code du travail dispose qu'un accord collectif majoritaire « peut prévoir » la création de commissions supplémentaires pour l'examen de problèmes particuliers, dont les rapports sont soumis à la délibération du CSE. Un point non compris dans un accord n'est pas rattrapé par les dispositions supplétives. Si un accord survient sur le nombre de commissions au CSE, les dispositions supplétives, qui imposent la mise en place de diverses commissions (53), ne viennent pas s'y ajouter pour imposer des commissions non prévues par l'accord. Celles-ci ne colmatent pas les brèches de l'accord. Tant que celui-ci respecte à la fois les dispositions d'ordre public et le champ de la négociation, il n'y a plus rien à redire. Il est d'ailleurs erroné de dire que, dans chaque cas, des garanties précises sont fixées dans les dispositions supplétives. Par exemple, s'agissant de la commission santé, sécurité et conditions de travail, en l'absence d'accord, le Code du travail prévoit que c'est au règlement intérieur du CSE qu'il appartient de définir les modalités de mise en place de ces commissions (54). Les dispositions applicables « à défaut d'accord » ne fixent pas toujours des garanties. Elles organisent des sorties d'impasse en prescrivant une procédure. Cette dernière, comme c'est le cas du périmètre des établissements distincts du CSE, peut renvoyer à la décision unilatérale de l'employeur (55).

Les syndicats peuvent soutenir que ce qui n'est pas interdit par la loi leur laisse un champ important de la négociation. Sur ce plan, le discours officiel, qui voit dans les accords collectifs une forme d'équilibre adapté à l'entreprise, est pris en compte par les négociateurs. Ainsi, il est indiqué, dans les dispositions d'ordre public, que « la commission santé, sécurité et conditions de travail se voit confier, par délégation du comité social et économique, tout ou partie des attributions du comité relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail, à l'exception du recours à un expert... et des attributions consultatives du comité » (56). Dans certains accords collectifs, les parties ont lu strictement cette interdiction. Lorsqu'elle n'est pas reproduite s'agissant d'autres organes, ces derniers peuvent se voir confier des attributions consultatives du CSE. Les négociateurs ont parfois étendu ainsi les compétences des représentants de proximité en leur donnant des attributions consultatives relevant, en principe, du CSE (57). Les négociateurs disposent alors des attri-

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

(50) TI Lyon, 7 septembre 2018, SAS Omnitrans, Dr. Ouvr. 2019, p. 26, n. D. Holle.

(51) Art. L. 2312-4 du Code du travail.

(52) Cass. Soc. 17 avril 2019, n° 18-22.948.

(53) Art. L. 2315-46 du Code du travail.

(54) Art. L. 2315-44 du Code du travail.

(55) Art. L. 2313-4 du Code du travail.

(56) Art. L. 2315-38 du Code du travail.

(57) V. par ex. l'accord préalable à la mise en place du comité social et économique de la société Girard Agediss du 30 avril 2018 (art. 4.2) ; accord relatif au dialogue social et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales au sein de Renault SAS du 17 juillet 2018 (art. 1.3.3).

butions du CSE, qui assure l'expression collective des salariés en transférant des compétences à un organe non obligatoire (58). Ils le font d'autant plus volontiers que les organisations syndicales représentatives gardent la main sur ces nouveaux représentants, qui sont souvent désignés par le CSE sur la proposition des organisations syndicales.

Les organisations syndicales doivent réussir à prendre des distances par rapport aux cadres antérieurs, où il existait un jeu d'articulation entre des instances (comité d'entreprise/CHSCT, par exemple). Ainsi, pour le CSE, beaucoup d'employeurs savent que le premier réflexe de ces organisations serait de maintenir, autant que possible, les moyens en termes d'élus et d'heures de délégation attribués avant les ordonnances (59). Il s'agira alors de lâcher du lest sur ces sujets pour négocier des modalités d'information-consultation regroupées et plus rapides. Même si les accords sur le CSE peuvent être nombreux (périmètre, protocole d'accord préélectoral, fonctionnement...) et articulés entre le niveau central et celui des établissements, la négociation doit tout intégrer sur le fonctionnement de l'instance dès la mise en place. À défaut, c'est la délégation des élus du personnel du CSE ou le CSE, *via* le règlement intérieur, qui aura la main.

Indépendamment des dispositifs de formation promus par la puissance publique, c'est un droit relatif aux conditions de la pratique de la négociation collective qui devra se développer. Comme l'observe Gilles Auzero, « à l'avenir, le juge pourra être appelé à examiner plus fréquemment et plus rigoureusement la qualité des négociations menées avec des acteurs en position de dépendance à l'égard d'un autre et pouvant déboucher sur des actes juridiques emportant concessions et régressions pour les salariés » (60). Pour l'instant, cette obligation de loyauté de la négociation collective est citée dans des dispositifs spécifiques

du Code du travail (travail de nuit, écarts de rémunération entre hommes et femmes) et exigé par la Cour de cassation dans la négociation du protocole préélectoral (61). L'obligation de loyauté a donné lieu à une jurisprudence limitée qui s'est focalisée sur l'obligation d'inviter à la négociation l'ensemble des organisations syndicales représentatives, de ne pas écarter celles-ci de la négociation (62) et de ne pas prendre, du côté employeur, de décisions unilatérales pendant la négociation, ce qu'interdit le Code du travail (63). Ceci est insuffisant au regard du champ élargi de celle-ci. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations pourrait, sous certaines conditions, servir d'appui à un devoir d'information de l'employeur (64).

Depuis la loi « Travail », la nécessité d'un référendum, alors que des syndicats représentatifs minoritaires ont signé l'accord collectif, peut être un élément troublant la négociation (65). Le contenu de l'accord risque d'être tributaire des résultats potentiels de cette consultation, présenté par des auteurs comme « *un pied de biche pour forcer à un accord que souhaite l'employeur* » (66). L'employeur pourrait-il chercher à ménager une catégorie professionnelle, un établissement, une profession ou un service dans l'entreprise importants dans les effectifs de l'entreprise ? Les syndicats pourraient-ils être incités à signer un accord face à un risque élevé de perdre un référendum et de devoir prouver au quotidien qu'ils sont en adéquation avec les aspirations des salariés jusqu'aux prochaines élections ?

Le Code du travail renvoie aux négociateurs le soin de paramétrer leurs propres exigences sur les conditions de la négociation, en incitant à négocier des accords de méthodes (67). L'équilibre de la négociation doit permettre un accord proportionné (68). Si l'employeur et les organisations syndi-

(58) Sur le principe de participation des travailleurs, v. I. Odoul-Asorey, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », Dr. Soc. 2014, p. 356.

(59) V. par ex. les conseils de S. Niel, avocat, « Réussir la négociation du protocole d'accord préélectoral (PAP) », Les cahiers Lamy du DRH, février 2019, n° 261, p. 2. V. également la synthèse des présentations du comité d'évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux conditions de travail, 22 juin 2018, France Stratégie.

(60) G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », Mélanges G. Pignarre, LGDJ, 2018, p. 33.

(61) Cass. Soc. 6 janvier 2016, n° 15-10.975, publié au Bull.

(62) Cass. Soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721, comm. M.-A. Souriac, RDT 2008, p. 188 ; Cass. Soc. 6 janvier 2016, n° 15-10.975, comm. C. Nicod, RDT 2016, p. 284 ; Cass. Soc. 8 mars 2017, n° 15-18.080, comm. I. Odoul-Asorey, RDT 2017, p. 434 ; J. Péliissier, « La loyauté dans la négociation collective », Dr. Ouvr. 1997, p. 496.

(63) C. trav., art. L. 2242-4 du Code du travail ; J. Péliissier, « La loyauté dans la négociation collective », Dr. ouvr. 1997, p. 496 ;

M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », Travail et Emploi, n° 84, octobre 2000, p. 47.

(64) V. not. l'art. 1112-1 du Code civil et G. Auzero, Mélanges G. Pignarre, préc..

(65) V. G. Bélier, « Halte au feu », Semaine Sociale Lamy 2016, n° 1712, p. 6 ; D. Boulmier, « Les damnés de la terre », électeurs pour leur propre misère : ou comment l'article L. 2232-12 du code du travail favorise une collusion « minorité syndicale/employeur », Dr. Soc. 2016, p. 907. Pour un recours au référendum « d'approbation » sur des sujets majeurs à fort impact social, V. J.-C. Sciberras, « Comment renforcer le dialogue social en France ? Analyse et propositions à la lueur de la crise des Gilets jaunes », Dr. Soc. 2019, p. 224.

(66) E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, HyperCours, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, n° 916.

(67) Art. L. 2222-3-1 du Code du travail.

(68) P. Adam, « Une négociation (collective) plus souple et plus loyale ? », Semaine Sociale Lamy 2016, n° 1742.

cales représentatives s'engagent sur cette voie, il s'agit de négocier obligatoirement sur la nature des informations partagées entre les négociateurs et les principales étapes du déroulement des négociations. Pour les syndicats, cela peut signifier davantage d'heures de délégation, d'expertise et d'information ajustée à l'objet de la négociation. L'assistance d'experts peut être encouragée par les accords de méthode, au risque d'accroître une dépossession des enjeux de la négociation (69). Pour l'instant, la DARES constate un recours limité aux experts externes. L'outil technique devrait être la base de données économiques et sociales. Toutefois, il n'est plus précisé, dans les dispositions d'ordre public, que cette base doit servir d'appui à la négociation (70). Les ordonnances sont venues encore changer l'organisation de la BDES, à un moment où peu d'entreprises étaient en régularité avec les dispositions légales. Dans certaines, le paramétrage technique donne sans lisibilité des accès différents selon le périmètre et la nature du mandat.

(69) À rapp. de l'expertise menée dans le cadre des comités d'entreprise et des CHSCT. V. K. Guillas et M. Kahmann, « L'expert auprès des comités d'entreprise, acteur oublié des relations professionnelles », La Revue de l'IREs, n° 94-95, 2018/1-2, p. 155.

Les organisations syndicales n'ont pas encore pleinement investi ce champ complexe. Les entreprises ne souhaitent pas partager sur les orientations stratégiques et certaines organisations syndicales y voient une voie menant à un diagnostic partagé.

Le nouveau système légal exprime clairement que les syndicats ne sont pas nécessaires dans la négociation collective d'entreprise. S'ils y sont présents, il réserve aux organisations majoritaires une place de choix pour mettre en musique le cadre de la négociation collective dans l'entreprise et l'implantation, les attributions et les moyens de la représentation élue des travailleurs. C'est une véritable frénésie de négociation qui est impulsée par l'État. Il est à espérer que les organisations syndicales sauront établir leurs priorités à l'approche de chaque négociation et ne seront pas mobilisées uniquement par des négociations portant sur des règles procédurales.

Nicolas Moizard

(70) Antérieurement aux ordonnances, le Code du travail prévoyait l'accessibilité de la base aux délégués syndicaux (anc. art. L. 2323-7-2, al. 2 du Code du travail). Il ne s'agit plus désormais qu'une disposition supplétive (art. L. 2312-36, al. 2 C. trav.).