

Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective

**Par Paul-Henri Antonmattei
Anaëlle Donnette-Boissière
Christophe Mariano**

[...]

V. – Négociation substitutive

Que la route semble paisible pour les nouvelles règles de la négociation substitutive¹ dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Il faut dire qu'en leur délivrant un brevet de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel² leur prédisait une acclimatation sans difficulté à notre système de relations professionnelles. Cette acclimatation a été confirmée sans réserve par deux arrêts du Conseil d'État en date du 18 février 2019³ et du 1^{er} avril 2019⁴ délivrant, cette fois, un brevet de conventionnalité à la nouvelle philosophie légale de négociation dans les petites entreprises. Loin du parcours contentieux semé d'embûches que paraissait leur promettre – singulièrement dans les entreprises de moins de onze salariés – leur orientation contestée, les dispositions issues de la réforme ont bel et bien franchi ce saut d'obstacles avec une facilité déconcertante.

Sans doute n'y avait-il pas trop à attendre de ce contentieux devant le Conseil d'État dès lors que les arguments les plus prometteurs avaient déjà été dégainés – sans succès – devant le Conseil constitutionnel. Au terme d'une décision manquant parfois de cohérence⁵, le Conseil constitutionnel avait préféré « botter en touche », s'agissant du premier palier du nouveau droit de la négociation substitutive, en se contentant de juger que l'assimilation, dans les TPE, d'un projet d'accord préparé par l'employeur et validé par référendum à un accord d'entreprise ne viole pas le principe de participation, tout en se gardant d'énoncer clairement qu'un tel mécanisme met en œuvre ce principe. Quant aux entreprises de onze à cinquante salariés, deuxième palier du nouveau droit de la négociation substitutive d'entreprise, un maniement quelque peu maladroit de la vocation naturelle des syndicats en matière de négociation collective avait suffi pour admettre la constitutionnalité de la mise en concurrence des agents de négociation élus et mandatés réalisée par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

Les syndicats CGT-FO – seul requérant dans l'affaire du 18 février 2019 – CGT, CFDT et Solidaires mirent donc à profit l'adoption des mesures réglementaires nécessaires à la complète entrée en vigueur de la réforme par ordonnances de 2017 pour contester, cette fois dans l'arène internationale, les nouvelles règles de la négociation substitutive d'entreprise, précisément celles ayant déjà été validées dans le champ du droit constitutionnel. Le premier

¹ Sur l'emploi de cette dénomination : v. notre thèse : La négociation substitutive d'entreprise, th. Montpellier, 2018, spéc. n° 26 et s.

² Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC ; D. 2018. 2203, obs. p. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2018, 677 et s., numéro spécial ; RDT 2018, 666, étude V. Champeil-Desplats.

³ CE, 18 février 2019, n° 417209 ; BJT 2019, n° 4, p. 23, obs. F. Canut-Bergeron.

⁴ CE, 1^{er} avril 2019, n° 417652 ; JCP S 2019. 1151, note A. Teissier ; BJT 2019, n° 5, p. 27, obs. F. Canut-Bergeron.

⁵ Sur ce point, B. Bauduin, La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés, Dr. soc. 2018. 682.

décret attaqué porte sur l'organisation du « *référendum ratification* »⁶ des accords négociés par des salariés mandatés dans les entreprises de moins de cinquante salariés⁷. Le second décret contesté porte, quant à lui, sur l'organisation du « *référendum approbation* »⁸ déclenchant, dans les entreprises de moins de onze salariés – voire dans celles comptant de onze à vingt salariés dépourvues de comité social et économique (CSE) –, l'assimilation d'un projet d'accord préparé par l'employeur à un accord d'entreprise⁹. À travers ces deux décrets, ce sont les articles L. 2232-21 à L. 2232-23 – relatifs à la nouvelle technique référendaire d'adoption des accords d'entreprise – et l'article L. 2232-23-1 – abritant la nouvelle architecture des compétences substitutives de négociation dans les entreprises comptant de onze à moins de cinquante salariés – qui étaient ciblés par les requérants ; le recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ces deux décrets permettant *in fine* de discuter leur base légale et donc d'exciper de l'incompatibilité des articles du Code du travail précités avec les textes internationaux, principalement ceux de l'OIT et du Conseil de l'Europe.

Au terme de ces deux arrêts, le Conseil d'État, après avoir notamment vérifié la compatibilité de ces dispositions légales aux textes internationaux, valide les deux décrets en cause, confirmant une fois de plus, compte tenu de l'ombre dans ces deux affaires de la décision du Conseil constitutionnel, que « *le contrôle abstrait de conventionnalité apparaît comme un doublon un peu superflu du contrôle de constitutionnalité* »¹⁰.

Malgré cette prévisibilité des solutions retenues, ces deux arrêts permettent, pour la première fois, la confrontation contentieuse des modes de négociation en l'absence de délégué syndical au droit social international. Si cette confrontation tourne rapidement au rendez-vous manqué concernant la nouvelle concurrence des agents de négociation mandatés et non mandatés dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dont l'effectif est compris entre onze et moins de cinquante salariés (A), elle s'avère plus enrichissante s'agissant du nouveau système d'édiction référendaire d'accords d'entreprise en place dans les TPE (B).

A – Droit social international et positionnement des syndicats dans la négociation substitutive d'entreprise

Rompant avec la hiérarchisation des compétences substitutives de négociation instaurée par la loi Rebsamen du 17 août 2015 – toujours en vigueur dans les entreprises dépourvues de délégué syndical d'au moins cinquante salariés – l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a balayé tout ordre de priorité dans l'accès à la table des négociations. Élus mandatés, élus non mandatés et salariés mandatés sont désormais mis en concurrence dans cette tranche d'effectif. Le recul, au regard du droit antérieur, concerne moins le salarié mandaté – agent désormais libéré des chaînes de l'ultra subsidiarité – que la figure hybride, et jusque-là privilégiée, de l'élu mandaté. Ce défaut de préférence légale pour au moins une des deux formes d'agent de négociation mandaté traduirait, selon les requérants, une mise à l'écart des organisations syndicales de la négociation en l'absence de délégué syndical. Les autres signes, aggravant ce constat d'éviction, seraient à rechercher, au plan procédural, dans la suppression de l'obligation d'information des syndicats de branche pesant sur l'employeur lorsqu'il souhaite entrer en négociation puis, au plan matériel, dans l'alignement du champ de la

⁶ G. Auzero, La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire, Dr. soc. 2018. 154.

⁷ Décret n° 2017-1551 du 10 novembre 2017.

⁸ G. Auzero, préc.

⁹ Décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017.

¹⁰ P. Deumier, Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode, RTD civ. 2016. 578.

négociation ouvert aux élus non mandatés sur celui jusque-là réservé aux salariés – élus ou non – mandatés.

Une telle remise en cause du positionnement syndical préférentiel dans la négociation substitutive d'entreprise heurterait, selon les requérants, les stipulations des conventions n° 87 et n° 98 de l'OIT relatives, respectivement, à la liberté syndicale et à la négociation collective. Il s'avère très vite, aux termes de l'arrêt du 18 février 2019, que l'écho international est limité en cette matière puisque l'article 11 de la convention n° 87 et l'article 4 de la convention n° 98 sont considérés, en application des critères dégagés par l'arrêt du Conseil d'État *GISTI et FAPIL*¹¹, comme étant dénués d'effet direct dès lors que de telles stipulations requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers. Il faut dire qu'en requérant des Etats signataires des « *mesures nécessaires et appropriées* » pour assurer le libre exercice du droit syndical ainsi que « *des mesures appropriées aux conditions nationales* » pour encourager et promouvoir la négociation volontaire de conventions collectives, l'article 11 de la convention n° 87 et l'article 4 de la convention n° 98 paraissent, en effet, ne pas atteindre la complétude minimale libérant leur effet direct.

Seule stipulation internationale résistant au « test » de l'effet direct parmi les normes mobilisées à l'appui du recours, l'article 3 de la convention n° 87 apparaît pourtant dépassé par la problématique en jeu tant les droits qu'il protège concernent la vie interne du groupement syndical et s'avèrent, par conséquent, insusceptibles de fournir des directives sur le rôle des organisations syndicales dans le processus conventionnel en l'absence de délégué syndical. Le Conseil d'État ne pouvait dès lors que conclure à l'innocuité des dispositions de l'article L. 2232-23-1 du Code du travail à l'égard de la liberté d'organisation des syndicats garantie par cette norme internationale.

À la lecture de l'arrêt du Conseil d'État, le droit social international paraît donc insuffisamment armé pour prendre part au débat sur l'affaiblissement du positionnement syndical dans la négociation substitutive menée dans les entreprises de onze à moins de cinquante salariés. À moins que ne soit davantage en cause la sélection de textes opérée par le syndicat CGT-FO à l'appui de son recours. Or, il ne peut être passé sous silence le choix contestable de l'organisation de n'avoir pas retenu la convention n° 135 de l'OIT relative aux représentants des travailleurs et son article 5 qui énonce 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 [...]* ». Là se trouvait incontestablement une norme sociale internationale mieux calibrée s'agissant du positionnement des syndicats dans la négociation substitutive d'entreprise, comme l'a reconnu d'ailleurs à demi-mot le rapporteur public dans l'affaire examinée¹². L'invocation de ce texte, à le supposer d'effet direct, aurait, selon nous, obligé le Conseil d'État à prendre position sur le fait de savoir si les salariés mandatés peuvent être considérés comme des représentants syndicaux au sens de ce texte, c'est-à-dire comme des acteurs dont la coexistence avec des représentants élus commande une vigilance étatique sur la préservation de leurs prérogatives. Bien sûr, cela n'aurait pas nécessairement entraîné un constat d'inconventionnalité puisque le Conseil d'État aurait alors pu juger, à l'instar du Conseil constitutionnel, qu'en ne retenant aucune priorité pour le mandatement syndical mais

¹¹ CE, 11 avril 2012, n° 322326 ; AJDA 2012. 936, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2012. 1712, note B. Bonnet ; RFDA 2012. 547, concl. G. Dumortier ; ibid. 560, note M. Gautier ; RDSS 2012. 940, note S. Biagini-Girard ; Constitutions 2012. 297, obs. A. Levade.

¹² Conclusions du rapporteur public Charles Touboul dans l'affaire n° 417209.

en excluant également toute hiérarchie défavorable aux syndicats, le législateur s'est assuré que la présence de représentants élus ne sert pas à affaiblir la situation des syndicats en l'absence de délégué syndical. Mais au moins la question méritait d'être posée et aurait donné un intérêt moins limité à cet arrêt du 18 février 2019.

B – Droit social international et maintien des syndicats dans la négociation substitutive d'entreprise

L'arrêt du 1^{er} avril 2019 se montre, de ce point de vue, plus riche d'enseignements malgré la nouvelle mise hors-jeu des normes de l'OIT¹³. Il faut dire qu'il s'agissait cette fois de confronter aux textes internationaux le nouveau système de référendum dans les TPE. Plus précisément, compte tenu de l'orientation du droit social international en la matière¹⁴, la question était davantage de savoir si, dans une catégorie donnée d'entreprises, on peut purement et simplement retirer aux syndicats leur compétence de négociation en l'absence de délégué syndical en s'en remettant exclusivement à un système d'édiction référendaire d'accords d'entreprise. Le point qui concentre la contestation, au regard du droit international, correspond ainsi à l'extinction du mandatement syndical et, avec lui, du droit de négocier des syndicats de branche dans les petites entreprises dépourvues de délégué syndical. C'est donc moins les lacunes intrinsèques du procédé référendaire – en ce qu'il ne ménage aucune phase de négociation et n'intègre aucun représentant capable d'exprimer un intérêt collectif – que son effet exclusif à l'égard des syndicats qui posait question.

Dans ces conditions, pouvait paraître prometteuse la référence à l'article 11 §1 de la Convention EDH, relatif à la liberté syndicale, ainsi qu'à l'interprétation audacieuse qu'en a fournie la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Demir et Baykara*¹⁵ et selon laquelle « *le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* ». Après tout, en opérant suppression du mandatement syndical dans les petites entreprises, le législateur semble avoir porté atteinte à la liberté syndicale des syndicats de branche, dépossédés de la sorte d'un des éléments essentiels de cette liberté puisque désormais privés, en-deçà d'un certain seuil d'effectif, du droit de mener des négociations collectives avec l'employeur en l'absence de délégué syndical. Or, face à ce grief d'exclusion du syndicat par le nouveau procédé référendaire, le Conseil d'État va compiler plusieurs arguments destinés à désamorcer l'atteinte à l'article 11 §1 de la Convention EDH brandie devant lui.

Les deux premiers éléments mobilisés dans l'arrêt ne font que relayer, dans le champ international, les motifs retenus par le Conseil constitutionnel afin de déclarer conforme au principe de participation ainsi qu'à celui de liberté syndicale le système d'édiction référendaire d'accords d'entreprise dans les TPE. D'abord, le Conseil d'État intègre l'objectif du législateur, lequel « *a entendu, afin de développer les accords dans les petites entreprises, pallier l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant participer à leur*

¹³ L'article 4 de la convention n° 98 se voit de nouveau refuser l'effet direct tandis que l'objet de l'article 5 de la convention n° 135 ne coïncide manifestement pas avec la problématique du référendum dans les TPE.

¹⁴ V. Ch. Touboul, Le Conseil d'État valide le référendum dans les petites entreprises, Conclusions, Dr. soc. 2019. 627, spéc. p. 629.

¹⁵ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97 ; D. 2009. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RDT 2009. 288, étude N. Hervieu.

négociation ». Ensuite, les juges du Palais Royal s'en remettent au champ d'application du procédé référendaire en ce que celui-ci évite soigneusement toute compétition avec le délégué syndical et les membres élus au CSE compte tenu de la stricte subsidiarité légale du mécanisme vis-à-vis de tels acteurs¹⁶. Le Conseil d'État aurait pu s'arrêter là et considérer que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur, en tant qu'élément essentiel de la liberté syndicale, peut être réservé aux syndicats représentatifs et qu'en leur absence – qui correspond au champ d'application du procédé litigieux – l'article 11 de la Convention EDH n'a pas vocation à s'appliquer. Il va cependant poursuivre l'examen de conventionnalité du dispositif légal en s'appuyant sur d'autres éléments, inédits quant à eux par rapport à ceux relevés lors du contrôle de constitutionnalité.

C'est ainsi que le Conseil d'État prend position sur la disponibilité légale du mandatement syndical dans les entreprises comptant de onze à vingt salariés dépourvues de CSE. Il est vrai que la rédaction de l'article L. 2232-23 du Code du travail posait question. Si certains auteurs avaient immédiatement plaidé en faveur du maintien du dispositif dans ce périmètre¹⁷, d'autres auteurs avaient souligné que les termes du texte légal semblaient exclure son déploiement¹⁸. On ne peut s'empêcher de penser qu'en retenant l'interprétation valant sauvegarde partielle du mandatement syndical dans les petites entreprises, le Conseil d'État livre un élément fort en faveur de la conventionnalité du système d'édition référendaire d'accords d'entreprise, lequel voit ainsi son impact sur le mandatement syndical reconsidéré à la baisse, son effet exclusif se cantonnant en réalité aux seules entreprises de moins de onze salariés.

Le Conseil d'État paraît ainsi admettre que le rôle des organisations syndicales dans les entreprises dépourvues de délégué syndical peut trouver un certain écho dans les prolongements de l'article 11 §1 de la Convention EDH, ce que confirment les deux derniers éléments parachevant le constat de conventionnalité et tirant parti, pour l'un, de la sphère d'application des produits négociés par les syndicats de branche et, pour l'autre, de l'intervention des syndicats dans la phase précédant la tenue du vote référendaire. Le premier élément, rappelant l'espace de prévalence de la convention collective de branche au sein duquel les accords d'entreprise ne peuvent évoluer qu'en édictant des garanties au moins équivalentes, se comprend, dans le champ de l'article 11 §1 de la Convention EDH, comme une forme de révérence au droit de négocier des syndicats de branche. Le fait que la convention collective qu'ils négocient continue de garder un certain rayonnement dans les entreprises, y compris dans celles de moins de onze salariés dépourvues de délégué syndical dans lesquelles seul le mécanisme référendaire donne accès à l'accord d'entreprise, contribue ainsi à la conventionnalité de ce mécanisme compte tenu de la préservation d'un certain degré de coloration syndicale des règles applicables à l'entreprise.

Le second élément s'attache, quant à lui, à l'implication éventuelle des syndicats dans le processus référendaire. C'est ainsi que le délai de quinze jours séparant la communication du projet d'accord aux salariés et la tenue du vote référendaire est relu par le Conseil d'État comme un temps de rapprochement des salariés de l'entreprise avec les syndicats permettant aux premiers de consulter les seconds à propos du contenu du projet d'accord. Quel singulier

¹⁶ À cet égard, si le constat d'une subsidiarité à l'égard du délégué syndical se comprend aisément dans l'optique de vérifier la conventionnalité du dispositif, le constat d'une subsidiarité à l'égard des élus du CSE apparaît, quant à lui, surabondant dans le champ de l'article 11 §1 de la Convention EDH, lequel n'implique aucune protection particulière des représentants élus du personnel.

¹⁷ V. not. J. Icard, *Négociation collective et petite entreprise*, Cahiers sociaux 2018. 363.

¹⁸ V. not. F. Gaudu et F. Bergeron-Canut, *Droit du travail*, Dalloz, 2018, 6^{ème} éd., spéc. p. 572, n° 787.

gain de normativité pour cette « pseudo-garantie » ! D’abord simplement évoquée dans le rapport au Président de la République ayant accompagné l’ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁹, puis réaffirmée par la ministre du Travail²⁰ et relayée en doctrine²¹, elle est finalement entérinée par le Conseil d’État. Participant désormais à la conformité de la loi aux exigences internationales, elle revêt, en cette qualité, une certaine autorité permettant de lui prédire certaines implications prétoriennes. Ainsi, l’employeur n’ayant pas mis en mesure ses salariés de prendre contact avec les syndicats au plan local pourrait s’exposer à l’annulation de l’accord référendaire. Reste à déterminer le comportement exigé de l’employeur : suffit-il qu’il ait délivré aux salariés, dans l’année, l’information exigée par l’article 13 de l’ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017²² ou doit-il, en outre, informer spécifiquement les salariés, au moment de la communication du projet d’accord, sur leur faculté de prendre l’attache des syndicats durant le délai de quinze jours en accompagnant cette information de la liste et des adresses des organisations syndicales²³ ? Cette seconde voie renforcerait à l’évidence la dimension éthique du procédé référendaire.

C. Mariano

[...]

¹⁹ Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective : « *[Les salariés] auront la garantie de pouvoir prendre connaissance du projet d’accord qui leur est soumis et pourront s’adresser aux organisations syndicales départementales s’ils le souhaitent pour se forger leur opinion avant la consultation.* ».

²⁰ Semaine sociale Lamy 2017, n° 1783, p. 4.

²¹ P.-H. Antonmattei, À propos de la légitimité de la primauté de l’accord d’entreprise, *Dr. soc.* 2018. 160, spéc. n° 3.

²² « *L’employeur informe chaque année, par tout moyen, de la disponibilité des adresses des organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche dont relève l’entreprise sur le site du ministère du travail* ».

²³ La faveur pour cette option est inscrite dans plusieurs accords dont nous avons pu prendre connaissance grâce à la base de données nationale des accords d’entreprise.