



”Les zones d’ombre de la négociation collective en l’absence de délégué syndical”, Dossier : Négociation, articulation et disparition des conventions collectives de travail, BJT Bulletin Joly Travail, Lextenso, 2020, n° 4, avril, pp. 44-51

Christophe Mariano

► To cite this version:

Christophe Mariano. ”Les zones d’ombre de la négociation collective en l’absence de délégué syndical”, Dossier : Négociation, articulation et disparition des conventions collectives de travail, BJT Bulletin Joly Travail, Lextenso, 2020, n° 4, avril, pp. 44-51. Bulletin Joly Travail, 2020, n° 4, pp. 44-51. hal-02550653

HAL Id: hal-02550653

<https://uca.hal.science/hal-02550653>

Submitted on 23 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical

La nouvelle architecture de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical issue de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 et de la loi de ratification du 29 mars 2018 laisse subsister plusieurs séries d'incertitudes qui pourraient bien perturber sa compréhension et son utilisation par les acteurs appelés à s'en saisir. En attendant d'éventuels éclaircissements, les incertitudes les plus saillantes méritent d'être relevées afin de tenter d'apporter, dans le silence des textes, des éléments de réponse.

Afin d'encourager le peloton des TPE-PME, structurellement atteintes d'une absence de délégué syndical, à emprunter le col de la négociation d'entreprise par son versant « dérogatoire »¹, la réforme de la négociation collective opérée par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a revu son tracé. Moins sinueux et plus direct, le parcours dessiné n'a alors pas manqué de susciter des contestations sur le terrain constitutionnel puis international. Finalement validé par le Conseil constitutionnel² puis par le Conseil d'État³, le nouveau tracé pourrait toutefois réserver certains passages difficiles aux négociateurs s'étant engagés sur cette voie censée les mener, par d'autres lacets, vers le « sommet normatif »⁴ de l'accord d'entreprise. S'il ne nous appartient pas ici de lister toutes les difficultés de l'ascension, certaines peuvent être relevées avec l'objectif de livrer aux négociateurs des éléments de réponse ou, à tout le moins, d'identifier des points de vigilance. Ainsi circonscrite, la reconnaissance du parcours peut se concentrer sur les incertitudes qui entourent la détermination du régime de négociation applicable en l'absence de délégué syndical (I) ainsi que sur quelques-unes de celles qui peuvent concerner, une fois acquis l'applicabilité de tel ou tel mode substitutif de négociation, la mise en œuvre de celui-ci (II).

¹ Sur l'ambiguïté de ce terme et notre préférence pour le terme « substitutif » : Mariano C., *La négociation substitutive d'entreprise*, thèse Montpellier, 2018, n^{os} 26 s.

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

³ CE, 18 février 2019, n° 417209 : BJT avril 2019, n° 111h7, p. 23, obs. Canut-Bergeron F. ; CE, 1er avril 2019, n° 417652 : BJT mai 2019, n° 111p2, p. 27, obs. Canut-Bergeron F.

⁴ Antonmattei P.-H., « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2017, p. 1027.

I. Les interrogations relatives à l'applicabilité des modes substitutifs de négociation

Les interrogations portent, tout d'abord, sur l'aiguillage des entreprises entre les différents régimes de négociation dont l'articulation dépend, dans le Code du travail, d'une mesure d'effectif au maniement délicat (A). Mais une interrogation plus spécifique concerne le régime d'approbation référendaire mis en place dans les entreprises de moins de onze salariés, compte tenu des très faibles effectifs que pourrait rencontrer ce mode particulier d'accès à l'accord d'entreprise (B).

A. Aiguillage des entreprises entre les modes substitutifs de négociation : le maniement hésitant de l'effectif habituel

Réglementation par étage - Rompant avec le système antérieur dans lequel un régime uniforme de négociation était applicable à toutes les entreprises dépourvues de délégué syndical, la nouvelle architecture débouche, quant à elle, sur une « réglementation par étage » associant à chaque tranche d'effectif un régime spécifique de formation des accords d'entreprise. C'est ainsi que trois étages de réglementation se dévoilent⁵ : les entreprises de moins de onze salariés⁶ – livrées à la « toute-puissance » de l'accord référendaire sans phase de négociation préalable –, les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et moins de cinquante salariés⁷ – au sein desquelles l'employeur choisit qui parmi l' élu non mandaté, l' élu mandaté et le salarié mandaté « ordinaire » sera son co-contractant – et enfin les entreprises d'au moins cinquante salariés⁸ – au sein desquelles une hiérarchie des compétences de négociation s'impose : d'abord l' élu mandaté, à défaut l' élu non mandaté, à défaut le salarié mandaté « ordinaire ». Il faut, en toute rigueur, y adjoindre le « demi-étage » des entreprises dont l'effectif est compris entre onze et vingt salariés et qui sont dépourvues de comité social et économique auxquelles s'applique également un régime spécifique⁹. De ce nouvel agencement découle une problématique classique de calcul des effectifs afin d'orienter chaque entreprise vers le mode substitutif de négociation qui lui est réservé. Or, le traitement de cette problématique a, de toute évidence, été ignoré par la réforme. Le Code du travail se contente, sur ce point, de viser la notion d' « effectif habituel » et de renvoyer, pour

⁵ Chacun se voyant réserver un paragraphe au sein de la sous-section du Code du travail consacrée aux modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical.

⁶ C. trav., art. L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-22-1.

⁷ C. trav., art. L. 2232-23-1.

⁸ C. trav., art. L. 2232-24, L. 2232-25, L. 2232-25-1 et L. 2232-26.

⁹ C. trav., art. L. 2232-23.

l'unité de mesure à adopter, aux différentes règles de calcul en « équivalent temps plein » inscrites aux articles L. 1111-2 et L. 1251-54 du Code du travail¹⁰. Cela laisse ouvertes plusieurs questions.

Notion d'« effectif habituel » – La première de ces questions est bien entendu de savoir ce qu'il faut entendre par « effectif habituel ». À vrai dire, la notion n'est pas inconnue du Code du travail qui la mobilise actuellement au sein de certaines dispositions, principalement en matière de licenciement¹¹. Elle n'est pas non plus récente puisqu'on la relevait il y a déjà de nombreuses années pour illustrer le fait qu'un seuil d'effectif pouvait être franchi non pas de manière immédiate, mais différée¹². Mais de la quarantaine de dispositions y recourant à l'époque¹³, le Code du travail actuel l'a cantonnée, hors négociation collective en l'absence de délégué syndical, à moins d'une dizaine de dispositions¹⁴ et l'a encore récemment effacée de certains textes¹⁵.

Véhiculant avec elle une « condition de stabilité des effectifs »¹⁶, la notion d'effectif habituel employé en matière de négociation substitutive d'entreprise semble devoir renvoyer à ce qui exprime aujourd'hui cette stabilité, sans que le qualificatif d'habituel ne soit pour autant employé, au sein d'institutions voisines comme le comité social et économique (CSE) – dont les membres sont amenés à intervenir dans les modes substitutifs de négociation – ou le délégué syndical – dont l'absence est précisément la condition première de recours aux modes substitutifs de négociation. Or, en la matière, les seuils de onze¹⁷ et de cinquante salariés¹⁸ donnant prise à ces deux acteurs gravitant autour de la négociation collective en l'absence de délégué syndical doivent, pour chacun, avoir été atteints « pendant douze mois consécutifs ». De là, le réflexe, bien légitime dans le silence des textes et compte tenu de l'identité des seuils en jeu, d'y recourir pour apprécier, en vue de déterminer le régime substitutif de négociation applicable à l'entreprise, si l'effectif habituel de cette dernière est

¹⁰ C. trav., art. L. 2232-29-2.

¹¹ C. trav., art. L. 1233-26, L. 1233-27, L. 1233-29, L. 1233-30, L. 1235-3, al. 3, L. 1235-5, L. 1235-14.

¹² Sachs-Durand C., Les seuils d'effectif en droit du travail, LGDJ, 1985, p. 23.

¹³ Sachs C., « Les seuils d'effectifs : une problématique en évolution ? », Dr. soc. 1983, p. 484.

¹⁴ Outre les dispositions précitées en matière de licenciement, on retrouve la notion d'effectif habituel pour la mise en place d'un service social du travail à partir du seuil de deux cent cinquante salariés : C. trav., art. L. 4631-1.

¹⁵ Effacement de la condition d'effectif habituel au sein de l'article L. 1311-2 du Code du travail concernant le seuil d'établissement obligatoire du règlement intérieur : Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO du 23 mai 2019, texte n° 2, art. 11, I, 3°.

¹⁶ Sachs-Durand C., Les seuils d'effectif en droit du travail, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷ C. trav., art. L. 2311-2, al. 2.

¹⁸ C. trav., art. L. 2143-3, al. 3.

inférieur à onze salariés, compris entre onze et moins de cinquante, ou au moins égal à cinquante salariés¹⁹.

Si une telle méthode a le mérite de la simplicité, elle pourrait réserver son lot d'incohérences. C'est ainsi qu'une entreprise dotée d'un CSE et voyant son effectif passer en dessous du seuil de onze salariés pendant douze mois consécutifs en cours de cycle électoral entrerait dans le domaine d'utilisation de l'accord référendaire alors même que des élus existeront dans l'entreprise et que le CSE ne sera appelé à disparaître que si, et seulement si, au moment du renouvellement des mandats l'effectif de l'entreprise est resté en dessous de onze salariés pendant au moins douze mois consécutifs²⁰. Pour éviter cette curieuse situation dont la conformité au principe constitutionnel de participation peut être sérieusement mise en doute²¹, on peut, comme le font certains, considérer qu'« une fois le CSE installé, pour la durée des mandats, il semble nécessaire de faire application des modalités de la négociation dérogatoire associées à l'effectif qui a été retenu pour les élections professionnelles »²². Mais si cette technique consistant à figer l'effectif habituel pour toute la durée du cycle électoral est bien en mesure d'éviter que l'accord référendaire ne s'impose en présence d'un CSE, elle peut paraître excessive en ce qu'elle conduit à ne tenir aucun compte des variations d'effectif en cours de cycle électoral. On peut alors suggérer, pour tempérer l'excès de cette proposition, de lier, lorsqu'un CSE est en place dans l'entreprise, le régime substitutif de négociation applicable à l'entreprise et les attributions exercées par ce CSE. En d'autres termes, lorsque le CSE en place dans l'entreprise est un CSE à « attributions restreintes », il faudrait considérer, en matière de négociation collective en l'absence de délégué syndical, que l'effectif habituel de l'entreprise est compris entre onze et cinquante salariés. En revanche, lorsque le CSE en place dans l'entreprise est un CSE à « attributions étendues », il faudrait considérer que l'effectif habituel de l'entreprise est au moins égal à cinquante salariés. Cela aurait l'avantage d'assurer une cohérence entre le paysage institutionnel de l'entreprise et le mode de négociation pratiqué en l'absence de délégué syndical. Cela permettrait également de bien marquer la césure qui s'opère entre les deux étages de

¹⁹ Teissier A., « Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », JCP S 2018, 1113. – Adde Cottin J.-B., « Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron », Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 25.

²⁰ C. trav., art. L. 2313-10.

²¹ Rappelons, en effet, que l'un des arguments principaux ayant permis de valider le dispositif de l'accord référendaire au regard des textes constitutionnels était que celui-ci ne pouvait être déployé qu'en l'absence de délégué syndical et de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique : Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc., considérant n° 8.

²² Teissier A., « Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », art. préc.

réglementation de la négociation substitutive d'entreprise positionnés de part et d'autre du seuil de cinquante salariés. L'élu dont l'intervention est rendue prioritaire, sur le fondement d'un mandat syndical de négociation ou, à défaut, sans mandat, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés²³ serait nécessairement celui issu d'un CSE à « attributions étendues » et aucun risque n'existerait pour ce type d'élus de se voir appliquer la concurrence entre négociateurs substitutifs en vigueur dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et cinquante salariés²⁴. Bien sûr cette proposition vaut surtout pour la conception qui la sous-tend, et qui pourrait emporter la conviction d'un juge en cas de contentieux, puisque techniquement elle ne diffère que modestement de la proposition précédente. En effet, le changement d'attributions du CSE en cours de cycle électoral n'est possible qu'à la hausse²⁵ – passage d'un CSE à « attributions réduites » à un CSE à « attributions étendues » – et ne s'opère que douze mois après que l'effectif de cinquante salariés a été atteint pendant douze mois consécutifs²⁶.

Il reste que cette proposition – sans doute perfectible – liant l'étendue des attributions du CSE et la réglementation applicable à la négociation menée sans délégué syndical n'est pas mobilisable lorsque l'entreprise est dépourvue de CSE. Dans ce cas-là, la méthode la plus satisfaisante, dans le silence des textes, est bien d'appliquer la règle des « douze mois consécutifs ». Il faut néanmoins préciser qu'en retenant cette voie, un seuil serait franchi, à la hausse comme à la baisse, lorsque l'effectif dépasserait le seuil ou rétrograderait en dessous pendant douze mois consécutifs, ce qui compliquerait tant le franchissement à la hausse que celui à la baisse du seuil en question. L'enjeu se concentre ici autour des seuils de onze et de vingt salariés puisque, en l'absence de CSE, l'accord référendaire est disponible jusqu'à un effectif habituel de vingt salariés tandis que le mandatement syndical d'un salarié de l'entreprise peut être pratiqué à partir d'un effectif habituel de onze salariés²⁷.

²³ C. trav., art. L. 2232-24 et L. 2232-25.

²⁴ C. trav., art. L. 2232-23-1.

²⁵ En effet, le passage de l'effectif en dessous du seuil de cinquante salariés n'est pris en compte, pour retirer au CSE en place une partie de ses attributions, que lorsqu'il est constaté au moment du renouvellement de l'instance : C. trav., art. L. 2312-3.

²⁶ C. trav., L. 2312-2, al. 1.

²⁷ Sur ce point : CE, 1er avril 2019, n° 417652, préc., considérant n° 8 : « Dans les entreprises de onze à vingt salariés, il résulte des dispositions combinées des articles L. 2232-23 et L. 2232-23-1 du même code que cette possibilité n'est ouverte qu'en l'absence tant de délégué syndical que de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique et qu'elle ne fait pas obstacle à la négociation et à la conclusion d'un accord d'entreprise avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel. ».

Date d'appréciation de l'effectif habituel – Demeure dans la même zone de flou la question, liée à la précédente, de la date à laquelle doit être apprécié l'effectif habituel de l'entreprise pour déterminer quel régime de formation des accords est applicable en l'absence de délégué syndical. Deux dates entrent ici en concours : celle d'entrée en négociation d'un côté, celle de conclusion de l'accord collectif de l'autre. Plusieurs semaines voire quelques mois peuvent séparer ces deux dates de sorte qu'un mode substitutif de négociation applicable à la date d'entrée en négociation peut ne plus l'être à la date de conclusion de l'accord. Parfois la différence tiendra au formalisme de l'entrée en négociation²⁸, au registre majoritaire à adopter au moment de la signature de l'accord²⁹ ou, encore, à la disponibilité même de certains procédés³⁰. Sur ce point, nous partageons l'opinion selon laquelle c'est à la date de conclusion de l'accord collectif qu'il faut apprécier l'effectif habituel de l'entreprise et, par conséquent, le régime de formation de l'accord qui est applicable³¹. Retenir une telle voie oblige les parties à être vigilantes lorsqu'un changement imminent d'effectif habituel menace la viabilité de leur négociation. Mais elle les préserve d'un travail probatoire potentiellement ardu pour dater l'entrée en négociation là où la date de signature de l'accord collectif ne souffre, quant à elle et en principe, d'aucune contestation. Il n'en demeure pas moins que l'interprétation proposée plus haut de la notion d'effectif habituel minore l'enjeu de cette question et réduit le nombre de configurations dans lesquelles l'effectif habituel en début et en fin de négociation diffèrent et orientent vers des modes substitutifs de négociation distincts.

Niveau d'appréciation de l'effectif habituel – Enfin, dernier point qui pourrait impacter le calcul de l'effectif habituel aux fins de déterminer les dispositions applicables à la négociation collective menée en l'absence de délégué syndical : le niveau d'appréciation de l'effectif habituel. La configuration sujette à interprétation, en la matière, correspond à

²⁸ C. trav., art. L. 2232-24 et L. 2232-25-1. On rappelle que ces dispositions obligent, d'abord, l'employeur à informer les syndicats représentatifs au niveau de la branche ou, à défaut, au niveau interprofessionnel de sa décision d'engager les négociations. Elles lui imposent, ensuite, d'informer les membres élus du CSE de son souhait d'entrer en négociation. Elles le contraignent, enfin, à laisser un délai de réflexion d'un mois aux élus pour manifester leur volonté d'entrer en négociation et à entrer en négociation prioritairement avec les élus disposant d'un mandat syndical de négociation.

²⁹ Si les élus titulaires non mandatés et les salariés mandatés non membres du CSE sont, chacun, astreints à la même règle de validation de l'accord collectif dans les entreprises de moins et d'au moins cinquante salariés, tel n'est pas le cas des élus mandatés. Ceux-ci doivent représenter la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles en faveur des élus du CSE dans les entreprises de moins de cinquante salariés alors qu'ils doivent voir l'accord qu'ils ont signé approuvé par référendum à la majorité des votants dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

³⁰ Un franchissement à la baisse du seuil de onze salariés condamne le recours au mandatement syndical d'un salarié de l'entreprise tandis qu'un franchissement à la hausse de ce même seuil, voire du seuil de vingt salariés en cas d'absence de CSE, empêche de mobiliser l'accord référendaire.

³¹ Morin C., « Les modes alternatifs de négociation », Dr. soc. 2019, p. 412.

l'entreprise divisée en plusieurs établissements. Les dispositions relatives à la négociation collective en l'absence de délégué syndical permettent qu'un processus conventionnel se déroule au niveau d'un établissement. Reste alors à savoir à quel échelon doit-on calculer l'effectif habituel afin de déterminer le régime applicable à la négociation d'établissement. Ici, au regard de la rédaction des textes, il faut considérer que c'est l'effectif global de l'entreprise, et non celui propre à l'établissement, qui commande l'application de tel ou tel étage de réglementation à l'échelle de cet établissement. Cela signifie, par exemple, que la négociation sans délégué syndical menée dans un établissement de moins de cinquante salariés appartenant à une entreprise d'au moins cinquante salariés doit obéir aux articles L. 2232-24 à L. 2232-26 du Code du travail consacrés aux entreprises dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés et non aux articles L. 2232-23 et L. 2232-23-1 du même code concernant les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et moins de cinquante salariés.

B. Situation des entreprises à très faible effectif : la viabilité douteuse du régime des accords référendaires

Socle minimum du procédé référendaire ? – À s'en tenir à la rédaction de l'article L. 2232-21 du Code du travail, la technique d'adoption référendaire d'un projet d'accord préparé unilatéralement par l'employeur est accessible sous la seule condition que l'effectif habituel de l'entreprise soit inférieur à onze salariés. Théoriquement, toute entreprise appartenant à ce champ et disposant d'un effectif salarié – même du plus « squelettique » – peut mobiliser ce régime de formation référendaire de l'accord d'entreprise. Cela laisse prospérer des configurations minimalistes dans lesquelles l'employeur soumet son projet d'accord au vote d'un ou de deux salariés. La crédibilité du processus paraît en péril car au retrait, intrinsèque au procédé, de la phase de négociation semble ici s'ajouter l'évanouissement de toute essence collective que les votes issus d'une pluralité de salariés semblaient encore, malgré leur émission individuelle, cultiver. De manière plus pratique, certaines exigences régissant le déroulement de la consultation référendaire pourraient contrarier ce déploiement, à échelle réduite, du procédé référendaire.

Risques de méconnaissance de l'éthique électorale – Sur ce terrain, il faut rappeler que le Conseil constitutionnel, pour déclarer le procédé référendaire dans les TPE conforme aux exigences constitutionnelles, s'est appuyé sur le fait que « les modalités d'organisation de la consultation doivent en tout état de cause respecter les principes généraux du droit

électoral »³². Ainsi, « même si elle n'a pas été prévue pour l'organisation des référendums dans les petites entreprises sans élus ni salariés mandatés, on ne peut exclure à l'occasion de ces consultations l'application de ces principes, en raison de leur vocation à s'imposer pour tout scrutin, y compris en matière de référendum »³³. Or, un tel respect des principes généraux du droit électoral paraît menacé sur deux points lorsque le régime de formation référendaire de l'accord d'entreprise est employé dans des entreprises à très faible effectif.

En premier lieu, il faut rappeler que l'employeur recueillant l'approbation référendaire des salariés sur le projet d'accord doit s'assurer que « le caractère personnel et secret de la consultation est garanti »³⁴. Cette disposition ne fait que relayer une préoccupation majeure participant de la sincérité du scrutin, dans sa dimension individuelle³⁵. Or, nul doute que le caractère secret de la consultation apparaît fictif lorsque le très faible nombre de votes – particulièrement lorsqu'un seul salarié participe au vote – révèle instantanément à l'employeur, lors du dépouillement, le sens du vote exprimé. Bien entendu, il pourrait être soutenu que, sous cet angle, toute unanimité révèle à l'employeur le sens des votes exprimés par chacun. Sauf qu'une situation d'unanimité, exprimée au sein d'un groupe, n'est qu'une des issues potentielles de la consultation et se construit normalement par juxtaposition de plusieurs votes concordants alors que dans les configurations basiques scrutées ici, l'unanimité n'est que la conséquence automatique, ou très probable, de l'échantillon très restreint de salariés consultés.

En second lieu, figure au rang des principes généraux du droit électoral que le particularisme du procédé d'adoption des accords référendaires dans les TPE ne paraît pas pouvoir exclure, l'existence d'un bureau de vote. Dans le champ des élections professionnelles, cette exigence très forte³⁶ a poussé la Cour de cassation à se référer à l'article R. 42 du Code électoral traitant de la composition du bureau de vote³⁷. Celui-ci est, en l'absence de dispositions contraires, « composé conformément aux principes généraux du droit électoral, des deux salariés électeurs les plus âgés, et du salarié électeur le plus jeune »³⁸. La jurisprudence veille à ce que le bureau de vote ne soit pas constitué d'un seul membre³⁹ et que ses membres ne

³² Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc., considérant n° 9.

³³ Petit F., « Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise », Dr. soc. 2018, p. 421.

³⁴ C. trav., art. R. 2232-10, 2°.

³⁵ Petit F., « L'émergence d'un droit électoral professionnel », Dr. soc. 2013, p. 480.

³⁶ Pécaut-Rivolier L., « Composition et pouvoirs d'un bureau de vote », Cah. soc. janv. 2014, n° 112d8, p. 66.

³⁷ Cass. soc., 16 janvier 2008, n° 06-60.286 : Bull. civ. V, n° 5.

³⁸ Cass. soc., 16 octobre 2013, n° 12-21.448 : Bull. civ. V, n° 239.

³⁹ Cass. soc., 19 octobre 1994, n° 93-60.049 : Bull. civ. V, n° 282.

soient pas désignés par l'employeur⁴⁰. On voit mal comment ces prescriptions pourraient être appliquées dans les entreprises à très faible effectif dans lesquelles la constitution d'un bureau de vote s'avérera, le plus souvent, matériellement impossible et, lorsqu'elle sera envisageable, pourrait aboutir à la situation absurde d'un bureau de vote dont les membres sont les seuls appelés à voter. Le recours à un tiers, désigné par l'employeur, pour tenir le bureau de vote paraît exclu au regard de la jurisprudence précédente, de telle sorte que la marge de manœuvre apparaît réduite. De quoi en conclure à de vraies difficultés d'acclimatation des principes généraux du droit électoral aux entreprises ne comptant qu'un nombre très réduit de salariés. Dès lors, il pourrait être opportun de conseiller à de telles structures de se détourner du procédé référendaire, au risque de recréer, au sein des TPE, une distorsion de concurrence entre celles pouvant abriter un référendum et celles ne le pouvant pas⁴¹.

II. Les incertitudes relatives à l'application des modes substitutifs de négociation

Une fois dépassées les interrogations entourant la détermination du régime de négociation applicable en l'absence de délégué syndical, de nouvelles questions ne manquent pas de se poser dans la phase d'utilisation des modes substitutifs de négociation. Il n'est bien sûr pas envisageable de toutes les identifier ici, raison pour laquelle le propos se concentrera sur certaines d'entre elles, qu'elles aient trait à la phase de formation de l'accord (A) ou à sa phase d'évolution (B).

A. Les équivoques relatives à la phase de formation de l'accord collectif

Articulation de l'accord référendaire et du mandatement syndical entre onze et vingt salariés – La première équivoque pouvant être relevée est également la plus récente. En prenant position en faveur d'une accessibilité maintenue du mandatement syndical dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et vingt salariés⁴² et qui sont dépourvues de CSE, le Conseil d'État⁴³ a donné son aval à une étrange concurrence entre un procédé référendaire sans phase préalable de négociation et un véritable processus conventionnel

⁴⁰ Cass. soc., 26 janvier 1984, n° 83-60.265 : Bull. civ. V, n° 36.

⁴¹ Sur ce risque global de distorsion de concurrence pour les petites entreprises du fait d'un accès réduit à l'accord d'entreprise : François G., « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises – Première partie », Dr. soc. 2019, p. 956, spéc. n° 11 et s.

⁴² C. trav., art. L. 2232-23.

⁴³ CE, 1er avril 2019, n° 417652, préc., considérant n° 8.

faisant intervenir une organisation syndicale. Le professeur Fabre propose de nuancer la concurrence en donnant priorité au mandatement syndical lorsqu'un salarié a été mandaté pour une négociation précise, un tel mandatement empêchant alors l'employeur de traiter ce thème par la voie de l'accord référendaire⁴⁴. Cela postule une initiative syndicale sur ce point, seule à même de garantir que l'employeur ne s'est pas déjà engagé sur la voie de l'accord référendaire. À moins de considérer – la solution serait audacieuse – que le mandatement syndical porté à la connaissance de l'employeur durant le délai d'au moins 15 jours devant séparer la communication du projet d'accord aux salariés et la tenue du vote référendaire⁴⁵ contraint l'employeur à abandonner la voie de l'accord référendaire, pourtant déjà empruntée, et à entrer en négociation, sur les thèmes abordés dans le projet d'accord délaissé, avec le salarié mandaté.

Articulation des compétences concurrentes de négociation entre onze et cinquante salariés – Le nouveau dispositif en place, depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et cinquante salariés génère également son lot d'interrogations. En cause, d'abord, l'absence d'ordre de priorité dans l'accès à la table des négociations, lequel égalise les compétences de négociation de l'élus mandaté, de l'élus non mandaté et du salarié mandaté non membre du CSE. De cette concurrence découle une liberté de choix, pour l'employeur, du négociateur salarié. Cette liberté lui permet certainement de se rapprocher d'un négociateur plutôt que d'un autre et ne l'astreint à aucune information spécifique à destination de tous les négociateurs potentiels avant l'entrée en négociation. Mais cette liberté semble devoir être restreinte de deux façons.

Identifier ces deux restrictions suppose, en préalable, de revenir au texte de l'article L. 2232-23-1 du Code du travail. Cette disposition, tout en servant de support commun aux compétences de négociation de l'élus mandaté, de l'élus non mandaté et du salarié mandaté, procède à la répartition de ces trois catégories de négociateurs en deux groupes visés au 1° et 2° du texte légal: le premier groupe comprend les salariés expressément mandatés, membres ou non du CSE tandis que le second groupe ne comprend que les élus du CSE non mandatés. La description de chacun de ces deux groupes étant introduite par la conjonction « soit » – dont on sait qu'elle marque l'alternative et exclut le cumul – une négociation ne devrait pas pouvoir être menée à la fois avec des élus non mandatés et des salariés mandatés, élus ou

⁴⁴ Fabre A., « L'accord référendaire dans les TPE », BJT oct. 2019, n° 112e1, p. 53.

⁴⁵ C. trav., art. R. 2232-12.

non : de tels négociateurs sont en effet incompatibles⁴⁶. Il en découle la première restriction à la liberté de choix de l'employeur : l'employeur ne pourra, même s'il le souhaite, entrer en négociation avec deux négociateurs incompatibles, il devra choisir l'un des deux. En revanche, l' élu mandaté et le salarié mandaté appartenant au même groupe, rien n'exclut qu'une négociation s'engage avec l'un et l'autre : ces négociateurs sont compatibles. Il en découle la seconde restriction à la liberté de choix de l'employeur : si l'employeur souhaite entrer en négociation avec un salarié mandaté non membre du CSE et qu'un élu mandaté se manifeste, ou inversement, l'employeur devrait – le registre de l'obligation semble de mise – être tenu d'entrer en négociation avec ces deux types de négociateurs puisque, si l'on raisonne à l'échelle des organisations syndicales mandantes, l'exclusion de l'une d'elles de la négociation, sous prétexte qu'elle a opté pour le mandatement d'un élu du CSE ou d'un salarié non membre du CSE, s'apparenterait à un acte de discrimination syndicale. Une telle combinaison se répercute nécessairement au stade de la validité de l'accord qui serait signé par ces deux types de négociateurs dont l'un – l' élu mandaté – obéit à un schéma de validation de type électoral⁴⁷ alors que l'autre – le salarié mandaté non membre du CSE – obéit à un schéma de validation de type référendaire⁴⁸. En l'état des textes, la validité d'un tel accord devrait être soumise à la satisfaction de l'un ou l'autre de ces deux schémas de validation majoritaire⁴⁹. En d'autres termes, l'accord serait valide si l' élu mandaté l'ayant signé est majoritaire, au regard de son score électoral, au sein du CSE ou, à défaut, s'il est approuvé par référendum à la majorité des votants.

Au-delà, c'est la figure de l' élu mandaté dans les entreprises de moins de cinquante salariés qui interroge au moins de deux manières. En premier lieu, alors que les textes applicables dans les entreprises d'au moins cinquante salariés réservent expressément cette qualité aux membres élus titulaires du CSE, l'article L. 2232-23-1 demeure silencieux si bien qu'il paraît envisageable pour une organisation syndicale de mandater des élus suppléants⁵⁰. Cela impliquerait, sur le terrain de la validité de l'accord négocié par eux et en application du texte légal⁵¹, de se référer à leur score électoral obtenu au cours des élections des suppléants. Voilà

⁴⁶ Mariano C., *La négociation substitutive d'entreprise*, thèse préc., n° 426. – Adde Adam P., « Négociation collective sans délégué syndical : la loi de l'antiarithmétique », Semaine sociale Lamy 9 septembre 2019, n° 1873, p. 5.

⁴⁷ C. trav., art. L. 2232-23-1, II, al. 1^{er}.

⁴⁸ C. trav., art. L. 2232-23-1, II, al. 3.

⁴⁹ En ce sens : Adam P., « Négociation collective sans délégué syndical : la loi de l'antiarithmétique », art. préc.

⁵⁰ Béal S. et Marguerite M., « Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », JCP E 2017, 1641, spéc. n° 7.

⁵¹ C. trav., art. L. 2232-23-1, II, al. 1^{er}.

une manifestation bien étrange du principe majoritaire que celle qui se nourrit des suffrages exprimés au cours de la seule élection des suppléants au CSE. Sans doute le caractère atypique de cette forme d'élu mandaté, découverte dans la subtilité des textes, devrait encourager à s'en détourner et à traiter l'élu suppléant mandaté comme un simple salarié mandaté dont la production conventionnelle est soumise à une règle de validation référendaire. Ce qui amène à préciser, en second lieu, la situation de l'élu titulaire mandaté minoritaire. Celui-ci, s'il est traité comme un élu mandaté, ne devrait pas pouvoir conclure un accord valide au regard de l'insuffisance de son score électoral. En revanche, dès lors qu'il est traité comme un salarié mandaté, l'accord qu'il conclura pourra être validé par référendum à la majorité des votants. Toutefois, la rigueur des textes et le cloisonnement des règles de validité pourraient empêcher un tel « repêchage » consistant à jouer sur la qualification du négociateur. Mais il faut bien avouer qu'il serait incohérent de refuser à l'élu minoritaire un accès à la table des négociations en tant que simple salarié mandaté alors que cet accès serait assuré à tous les autres salariés de l'entreprise.

Articulation des compétences subsidiaires de négociation au-delà de cinquante salariés –

S'agissant des entreprises dépourvues de délégué syndical dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés, la physionomie des règles en vigueur avant la réforme de 2017 a été maintenue. Il y est toujours question de faire respecter un ordre de priorité dans l'accès à la table des négociations, la compétence prioritaire de négociation relevant de l'élu titulaire mandaté, la compétence subsidiaire relevant, quant à elle, de l'élu titulaire non mandaté, la compétence infiniment subsidiaire relevant, enfin, du salarié mandaté non membre titulaire du CSE. On rappelle que le recours à l'un des échelons subsidiaires – élu non mandaté et salarié mandaté non membre du CSE – dépend de l'absence de manifestation des acteurs de l'échelon ou des échelons supérieurs au terme d'un délai d'un mois s'écoulant à compter de l'émission de la volonté patronale d'entrer en négociation⁵². Deux écueils pourraient compliquer la mobilisation des compétences subsidiaires de négociation.

Le premier écueil tient à l'objet de la négociation projetée par l'employeur. La nécessité de renforcer l'information des élus du CSE, sur l'intention patronale de négocier, par une description des thèmes de négociation souhaités par l'employeur ne fait pas de doute, surtout dans l'optique d'éclairer les élus et de faciliter la délimitation de l'objet du mandat syndical éventuel de négociation. Or, les élus titulaires non mandatés, positionnés au rang

⁵² C. trav., art. L. 2232-25-1.

intermédiaire du classement des compétences de négociation, ne peuvent négocier que sur « des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif »⁵³, ce qui les empêche notamment d'accéder aux espaces de négociation non définis par le Code du travail ou définis de manière trop générale. Leur est ainsi, notamment, refusés « la possibilité d'améliorer les lois d'ordre public social »⁵⁴ ainsi que le recours à la force de prévalence attribuée, en des termes généraux par l'article L. 2253-3 du Code du travail, à l'accord collectif d'entreprise dans ses relations avec l'accord collectif de branche. Par conséquent, la mention, dans l'offre de négociation patronale, d'un ou de plusieurs thèmes débordant du champ des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif devrait permettre à l'employeur de recourir à l'échelon infiniment subsidiaire des salariés mandatés malgré le souhait d'entrer en négociation émanant d'élus non mandatés pourtant considérés comme primant sur le mandatement syndical « ordinaire ». À moins de considérer que la volonté de négocier des élus non mandatés doit entraîner l'employeur à traiter avec eux sur l'objet de négociation qui leur est accessible, à l'exclusion des thèmes de négociation qui leur sont défendus. Retenir une telle position aurait, il est vrai, l'avantage de couper court à toute stratégie patronale visant à contourner la compétence des élus non mandatés par la mention, dans l'offre de négocier, d'au moins un thème de négociation débordant de leur champ d'intervention.

Le second écueil concerne toujours l'articulation entre la compétence subsidiaire de négociation des élus non mandatés et la compétence infiniment subsidiaire des salariés mandatés. Il apparaît lorsqu'au terme du délai d'un mois laissé aux élus pour faire connaître leur souhait d'entrer en négociation avec l'employeur, les seuls élus se manifestant sont des élus non mandatés et minoritaires au regard de leur score électoral acquis au cours des dernières élections professionnelles. Se pose, dans ce cas, la question de la possibilité pour l'employeur de recourir à l'échelon infiniment subsidiaire du mandatement syndical « ordinaire » alors même que des élus non mandatés se sont manifestés et devraient, en toute rigueur, préempter la négociation souhaitée par l'employeur. Or, il faut considérer que tels élus non mandatés, malgré leur souhait d'entrer en négociation, ne remplissent pas virtuellement la condition de majorité requise pour la signature valide d'un accord collectif. Ce défaut de capacité « majoritaire » des élus non mandatés devrait, à notre sens, légitimer le passage à l'échelon inférieur de négociateurs.

⁵³ C. trav., art. L. 2232-25, al. 2.

⁵⁴ Bergeron-Canut F., « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2017, p. 1033.

B. Les questionnements relatifs à la phase d'évolution de l'accord collectif

Compte tenu de la rédaction des textes, chaque mode substitutif de négociation semble, sans attendre, en mesure de réviser et de dénoncer la production conventionnelle forgée par un autre mode substitutif de négociation ainsi que, éventuellement, par un délégué syndical. Les implications et interrogations découlant d'un tel principe de « fongibilité des signataires »⁵⁵ sont nombreuses, de telle sorte que nous n'en relèverons ici que quelques-unes⁵⁶.

Stabilité conventionnelle menacée – Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et cinquante salariés, la concurrence « tous azimuts » des négociateurs substitutifs pourrait être utilisée par l'employeur pour tenter de renégocier, avec un type donné d'acteur, un accord tout juste négocié avec un autre type d'acteur. La souplesse consacrée dans cette catégorie d'entreprises présente alors comme revers un risque avéré d'instabilité conventionnelle. Un tel risque se propage, semble-t-il, aux entreprises dépourvues de CSE dont l'effectif est compris entre onze et vingt salariés puisque nul obstacle ne paraît empêcher qu'un employeur use de l'avenant référendaire préparé unilatéralement pour tenter d'amender certaines parties jugées défavorables d'un accord négocié, il y a peu, avec un salarié mandaté.

Mais les entreprises d'au moins cinquante salariés ne sont pas non plus à l'abri d'une perte de maîtrise rapide, par les négociateurs substitutifs, de l'accord qu'ils ont signé. C'est ainsi que l'ordre de priorité institué pour l'entrée en négociation n'empêche pas l'employeur d'initier la révision d'un accord signé par un négociateur dont la compétence est considérée comme prioritaire par rapport à un autre ou aux deux autres échelons de négociateurs. Il y a fort à parier que ce négociateur prioritaire, signataire de l'accord dont la révision est souhaitée par l'employeur, s'opposera à semblable modification précipitée de son produit conventionnel. Mais comme son refus n'empêche pas l'employeur de solliciter les négociateurs de rang subsidiaire, la révision de l'accord, à court terme et avec un autre acteur substitutif, semble tout de même envisageable. De même, l'ordre de priorité est tout simplement inapplicable en matière de dénonciation émanant d'un autre type d'acteur de négociation que celui signataire de l'accord collectif visé par la dénonciation. C'est ainsi que des élus majoritaires non mandatés peuvent, théoriquement, dénoncer sans délai un accord collectif tout juste conclu avec un ou plusieurs élus mandatés et approuvé par référendum à la majorité des votants.

⁵⁵ Fabre A., « Regard constitutionnel sur la “négociation” dans les très petites entreprises », Dr. ouvrier 2018, p. 448.

⁵⁶ Pour une vision plus exhaustive : Mariano C., *La négociation substitutive d'entreprise*, thèse préc., p. 611 et s.

Si, face à de tels risques d'instabilité conventionnelle, les soubresauts patronaux contrariant la stabilité de la norme conventionnelle pourraient se résoudre par application du principe de loyauté au stade de l'exécution de l'accord, nul obstacle ne semble, en revanche, se dresser sur la route d'acteurs salariés de négociation souhaitant reprendre la main sur l'accord signé par un acteur substitutif d'un autre type.

Sans doute le législateur eût été plus inspiré de recourir, au moins pendant le temps du cycle électoral, à une règle de parallélisme des signataires n'ouvrant la faculté de révision et de dénonciation qu'aux acteurs substitutifs ayant signé l'accord ou, à tout le moins, qu'à la même famille d'acteurs substitutifs – élus mandatés, élus non mandatés, salarié mandatés « ordinaires » – que celle du signataire salarié. Mais en l'état des textes, seul l'espoir d'une utilisation raisonnée des modes substitutifs de négociation par les acteurs peut apaiser une telle crainte d'« anarchie conventionnelle ».

Dénonciation par la voie du mandatement syndical – Concernant les modalités de révision et de dénonciation d'un accord collectif en l'absence de délégué syndical, et à l'exception de la dénonciation par les salariés de l'accord référendaire dans les TPE⁵⁷, la règle semble être, pour un mode substitutif de négociation donné, d'appliquer la même règle de validité à l'avenant de révision ou à l'acte de dénonciation que celle employée au stade de la signature de l'accord initial. Néanmoins, on peut s'interroger sur la modalité à retenir pour dénoncer un accord par mandatement syndical : dans ce cas, en effet, l'acte de dénonciation n'est qu'une simple manifestation de volonté destinée à produire ses effets en un trait de temps dès sa notification au destinataire patronal de telle sorte que le mandatement d'un salarié pour ce faire est superfétatoire tant la seule manifestation de volonté directe de l'organisation syndicale semble suffire. À moins de considérer qu'une dénonciation ira de pair avec une volonté de négocier l'accord de substitution, ce pourquoi des mandats syndicaux à double objet – dénonciation puis négociation de l'accord de substitution – pourraient être admis voire suggérés.

Reste à savoir si l'efficacité de la dénonciation est suspendue, comme l'est la validité de l'accord qu'elle vise, à une approbation référendaire des salariés à la majorité des votants. D'un côté le mécanisme unilatéral de la dénonciation nous paraît devoir l'écarter. En matière d'accord négocié ou révisé avec l'employeur, c'est la teneur du compromis trouvé avec l'employeur qui semble devoir justifier la ratification de l'accord par les salariés. Mais d'un

⁵⁷ C. trav. art. L. 2232-22.

autre côté, certains soulignent que « les organisations [syndicales] ne [peuvent] détruire seules ce qui a été formé par le vote des salariés »⁵⁸. Or il faut bien admettre qu'il peut paraître incohérent de permettre, sans aucune garantie majoritaire, à toute organisation syndicale représentative dans la branche ou, à défaut, au niveau interprofessionnel de défaire ce qui a été fait avec le soutien référendaire des salariés – en cas d'accord conclu avec un salarié mandaté – ou par référence à un score électoral majoritaire – en cas d'accord conclu avec des élus non mandatés – lors des dernières élections professionnelles.

Il faut, pour conclure, préciser que, sur tous les points précédents concernant l'évolution de l'accord collectif, les prévisions de la norme conventionnelle initiale ne seront d'aucune aide. Car si l'accord collectif peut certainement régler certains aspects procéduraux de la révision et de la dénonciation, la question des acteurs substitutifs compétents pour réviser et dénoncer l'accord collectif ainsi que celle des modalités à respecter pour opérer la révision et la dénonciation relèvent de l'ordre public absolu.

Christophe Mariano

⁵⁸ Jeansen E. et Pagnerre Y., « La négociation dérogatoire », JCP S 2009, 1572.