

Temps de lecture : 11 minutes

## Arnaud Casado

Maitre de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

***Les ordonnances Macron ont pour objectif affiché de faire de la négociation collective l'alpha et l'oméga du droit du travail. Cette montée en puissance de la négociation collective impose de réfléchir sur la légitimité des accords collectifs tant dans le mécanisme de leur élaboration que dans leur portée. La possibilité de négocier des mesures dites de « moins-disant social » s'imposant à l'ensemble des salariés fait peser une lourde responsabilité sur les épaules des acteurs de la négociation qui devraient, de ce fait, être incontestables. Cependant, malgré les discours politiques, les réformes récentes trahissent un affaiblissement de leur légitimité.***

« Renforcer le dialogue social, c'est renforcer les acteurs du dialogue ». C'est par ces mots que la ministre du Travail, Murielle Pénicaud, a présenté l'apport des ordonnances Macron quant au rôle des acteurs de la négociation collective lors de la conférence de presse du 31 août 2017. À en croire la ministre, il y aurait un lien de causalité automatique entre le renforcement de la place de la négociation collective et les prérogatives conférées aux acteurs de cette négociation. L'analyse montre que cette affirmation est sérieusement contestable.

Pendant longtemps, la question de la légitimité de la norme négociée, tout comme celle de ses auteurs, n'avait guère d'importance en droit du travail. Tant que la norme de niveau inférieur ne pouvait être moins favorable pour les salariés que la loi ou la norme conventionnelle de niveau supérieur (convention collective de branche, convention collective nationale

interprofessionnelle, etc.), la légitimité du signataire n'était guère interrogée. La question de la légitimité est toutefois devenue centrale dès lors qu'il a été possible de déroger, dans un sens défavorable, à la loi ou au niveau conventionnel supérieur. Il est alors devenu nécessaire d'affirmer la légitimité des acteurs de la négociation afin d'établir par emprunt de légitimité, le bien-fondé des conventions et accords collectifs comportant des mesures dites de « moins-disant social ». Malgré plusieurs réformes, il est délicat de soutenir que notre droit positif a consacré une légitimité incontestable des acteurs traditionnels de la négociation (I). Cette crise de légitimité est aujourd'hui accentuée par la multiplication des hypothèses de négociation dérogatoire qui permettent la conclusion d'accord collectif sans recourir aux acteurs traditionnels de la négociation, c'est-à-dire sans emprunt de leur légitimité (II).

### **I - L'affirmation, en trompe l'œil, de la dialectique légitimité des acteurs/légitimité de la norme**

Si, dans un premier temps, le législateur a bien entendu refonder la légitimité des partenaires sociaux et de leurs actes (A), force est de constater que les dernières réformes en la matière n'ont eu de cesse de les affaiblir (B).

#### **A - La création d'un colosse...**

Le Code du travail est clair sur la question de savoir qui sont les acteurs de la négociation : « *les organisations de salariés constituées en syndicats professionnels sont seules admises à négocier les conventions et accords collectifs de travail* » (Art. L. 2132-2). Plus précisément, le Code du travail a entendu restreindre la capacité de négocier aux seules « *organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention* » (Art. L. 2231-1). Ces dispositions n'ont pas été modifiées par les ordonnances Macron. Dès lors, la légitimité des acteurs devrait toujours passer par leur représentativité.

S'agissant de la légitimité des acteurs, la loi du 20 août 2008 a substitué à une légitimité dite « de droit », une légitimité dite « prouvée ». Autrement dit, conformément à la lettre de l'article L. 2121-1, la représentativité des syndicats de salariés est conditionnée par leur conformité à sept critères cumulatifs allant du respect des valeurs républicaines à la transparence financière en passant par l'indépendance ou l'audience. Ce n'est qu'après avoir fait la preuve de leur représentativité que les organisations syndicales peuvent désigner un délégué syndical ; délégué syndical qui est donc, en pratique l'artisan naturel de la négociation collective.

S'agissant de la légitimité de leurs actes, la notion « d'accord majoritaire » a été adoptée dès la loi du 4 mai 2004. L'idée est la suivante. Pour naître à la vie juridique, un accord collectif doit être signé par une majorité définie par la loi. Le droit français a expérimenté plusieurs majorités. La loi du 20 août 2008 prévoyait ainsi une double condition de majorité : d'une part, une majorité d'engagement correspondant à la signature de l'accord par des organisations syndicales ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles ; d'autre part, l'absence d'opposition majoritaire. Sur ce point on rappellera que le seul refus de signature d'une organisation majoritaire ne constitue pas l'exercice du droit d'opposition. Pour être valable, l'opposition devait être notifiée par écrit aux signataires dans un délai de 8 jours. La loi El Khomri, en voulant instaurer « le tout majoritaire », semblait avoir l'objectif de renforcer la légitimité des acteurs de la négociation, et pourtant...

## **B - ...au pied d'argile**

La lettre de l'article L. 2232-12, tel qu'issu de la loi El Khomri, affirme un strict principe majoritaire. La validité des accords collectifs est désormais conditionnée par la signature d'organisations syndicales ayant recueilli plus de 50 % des suffrages lors des dernières élections. À première vue, ce système va dans le sens d'un renforcement de la légitimité des accords collectifs. À première vue seulement.

D'abord, le nouvel article L. 2232-12 confirme l'abandon de l'idée d'un *quantum* pour apprécier l'audience syndicale. La légitimité est calculée sur les seuls suffrages exprimés indépendamment de l'abstention. Autrement dit, si sur les 100 salariés de l'entreprise seulement 10 participent aux élections professionnelles, seuls leurs suffrages seront utilisés dans la détermination de la légitimité des acteurs de la négociation.

Ensuite, seuls les votes exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives sont pris en compte pour mesurer la représentativité, alors, qu'auparavant, l'ensemble des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles était pris en compte. Pour un même nombre de voix exprimées en valeur absolue, un syndicat minoritaire avec l'ancien système peut désormais être majoritaire. Un tel constat ne renforce pas nécessairement la légitimité de l'acte collectif.

Enfin, le seuil de 50 % est dorénavant insuffisant pour s'opposer à la procédure de référendum demandée par une organisation syndicale représentative totalisant plus de 30 % des suffrages exprimés en vue de faire adopter un accord qui s'applique à tous (Art. L. 2232-12 al. 2). Plus, les ordonnances Macron étendent d'ailleurs à l'employeur l'initiative du recours au référendum lorsqu'un accord minoritaire a été conclu (Art. L.2232-12). Cette dissymétrie est choquante. L'avis d'un syndicat majoritaire n'est pris en considération que lorsque celui-ci entend participer à l'élaboration de la norme collective ; pas lorsqu'il souhaite s'y opposer. Son avis serait-il moins légitime, moins pertinent dans cette dernière hypothèse?

Ces atteintes à la légitimité des acteurs naturels de la négociation collective ne sont malheureusement pas les seules. La multiplication des cas de négociation dérogatoire entraîne une rupture dans la dialectique légitimité des acteurs/légitimité de la norme.

## **II - La rupture dans la dialectique légitimité des acteurs/légitimité de la norme**

Bien que le Code du travail fasse du délégué syndical l'acteur naturel de la négociation collective, les ordonnances Macron multiplient les cas de négociations dérogatoires (A). Le lien classique entre la légitimité des acteurs de la négociation et la légitimité des normes par eux produites est ainsi amoindri. En outre, le champ d'application de la négociation dérogatoire tel qu'issu des ordonnances Macron introduit de nouveaux risques pour les salariés (B).

### **A - La légitimité restreinte des négociations dérogatoires...**

Les ordonnances ont modifié les « modalités de négociation » dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés. Selon le futur article L. 2232-21, « *dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation* ». La validité de ces accords sera « *subordonnée à sa ratification à la majorité des deux tiers du personnel* » (futur article L. 2232-22). Deux remarques s'imposent. D'abord, le terme « négociation » semble incongru en ce qu'en réalité aucune modalité de négociation avec les salariés n'est prévue. Ces derniers peuvent seulement accepter ou refuser le projet unilatéralement proposé par l'employeur. Ensuite, on relèvera que les acteurs traditionnels de la négociation, les organisations syndicales, n'interviennent à aucun moment du processus. Ni en amont par la désignation d'un salarié spécialement mandaté, ni en aval pour vérifier les conditions de la négociation. La « négociation » peut se faire sans eux.

Dans les entreprises de 50 salariés ou plus dépourvues de délégué syndical, il est possible de négocier un accord avec différents types d'acteurs : les membres de la délégation du personnel du « comité social et économique » [1] qu'ils soient ou non expressément mandatés par une organisation syndicale représentative (futurs articles L. 2232-24 et 25) ainsi qu'avec des salariés spécialement mandatés (futur article L. 2232-26). Dans le même sens, pour les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et cinquante salariés, la négociation

peut être menée soit par un salarié expressément mandaté, soit par un membre de la délégation du personnel du comité social et économique (futur article L. 2232-23-1). Les hypothèses de négociation en l'absence de délégué syndical sont sinon légion, nombreuses...

De plus, la complexité du Code du travail étant un grief récurrent, on s'étonnera que les modalités de validité des accords collectifs soient distinctes pour chaque hypothèse de négociation dérogatoire : référendum salarial à la majorité simple (L. 2232-24, L. 2232-26), référendum salarial à la majorité des deux tiers (L. 2232-22) ou signatures par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (L. 2232-25). Cette dernière solution est étonnante en ce que les salariés ne seront pas consultés. Pourtant, les risques ouverts par ces négociations dérogatoires sont bien réels pour l'ensemble de la collectivité de travail.

### **B - emporte un risque maximal pour les salariés**

Le champ d'application de la négociation dérogatoire tel qu'issu des ordonnances Macron permet de conclure des accords sur l'ensemble des mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement. Aucun thème n'est sanctuarisé pour les délégués syndicaux qui peuvent donc être totalement contournés lors du processus d'élaboration de la norme collective. Or, les garanties posées en matière de salaire minima, classification, durée du travail, répartition et aménagement des horaires, par le futur article L. 2253-1 - qui précise que les stipulations de la convention de branche prévalent par principe sur celles de la convention d'entreprise - sont illusoire en ce que la convention d'entreprise pourra toujours déroger à la convention de branche si elle « assure des garanties au moins équivalentes »... sans que l'on sache ce que recouvre cette notion.

Au surplus, le champ ouvert à la négociation induit un risque quant aux conditions de travail des

salariés. À titre d'exemple, l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective propose une réécriture de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Contrairement au texte issu de la loi El Khomri qui maintenait un garde-fou quant à la rémunération mensuelle des salariés soumis aux accords de préservation ou de développement de l'emploi[2], le texte issu des ordonnances n'impose aucun maintien du salaire mensuel, et ce malgré son caractère alimentaire. Les clauses de ces accords se substitueront de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Le salarié n'aura d'autres « choix » que d'accepter ces nouvelles conditions d'emploi ou de refuser...ce qui constituera une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ces risques sont accentués par deux facteurs. D'abord, les acteurs de la négociation dérogatoire n'étant ni formés pour être des professionnels de la négociation, ni nécessairement appuyés par une structure permettant une mobilisation de l'intelligence collective et la mutualisation des compétences, il est loisible de penser qu'ils seront moins efficaces que les délégués syndicaux dans la défense des intérêts des salariés. Ensuite, les cas de recours aux accords dit « offensif » ont été élargis. Il sera désormais possible de recourir à ces accords « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » ... sans que l'on sache réellement ce que cette expression désigne.

En conclusion, malgré les affirmations de la ministre selon lesquelles le renforcement de la négociation collective va renforcer les acteurs du dialogue social, l'analyse des ordonnances et des réformes qui l'ont précédée montre le gap toujours grand entre la légitimité des acteurs de la négociation et le pouvoir normatif conféré aux conventions collectives. Encore une fois, cette légitimité amoindrie ne pose pas de problème tant que la norme de niveau inférieur ne peut être moins favorable pour les salariés que la loi ou la norme conventionnelle de niveau supérieur...mais qui peut encore soutenir que tel est le cas ?

[1] Le Comité social et économique est une nouvelle instance unique existantes créé par l'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales. Il fusionne l'ensemble des institutions représentatives du personnel existantes.

[2] La recherche de flexibilité par voie conventionnelle a initialement donnée le jour aux accords de maintien de l'emploi (AME). Ces accords qui devaient permettre de répondre à de graves difficultés économiques conjoncturelles fixaient un plancher quant à la durée et au montant des baisses de salaire pouvant être imposé aux salariés. À côté de ces accords dits « défensif », la loi El Khomri a introduit des accords dits « offensifs », les accords de préservation ou de développement de l'emploi. Pour être valides, ces derniers ne doivent pas nécessairement reposer sur des difficultés économiques.