



## **Université de Lille II**

Faculté de droit

### La négociation collective dans les petites entreprises

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard Bossu

Mémoire présenté par Monsieur Antoine Saelen  
dans le cadre du Master II Droit social mention Droit du travail  
Dirigé par Monsieur le Professeur Bernard Bossu

Année Universitaire 2020-2021



# Remerciements

Je tiens d'abord à remercier Monsieur le Professeur Bernard BOSSU d'avoir bien voulu encadrer ce projet de recherche ainsi que pour la qualité de la formation qu'il dirige.

Je tiens enfin à remercier mes proches. Mes amis, tout d'abord, pour les conseils et l'aide apportée à la relecture. Mes parents, ensuite et surtout, pour leur soutien indéfectible au quotidien.

# Sommaire

## La négociation collective dans les petites entreprises

INTRODUCTION.....Page 1

**PARTIE 1 : La place subsidiaire de la négociation dans le droit à la négociation collective ...Page 10**

CHAPITRE 1 : La place renouvelée de la représentation du personnel dans les petites entreprises  
.....Page 10

CHAPITRE 2 : La place réduite de la négociation pré-conventionnelle dans les petites entreprises  
.....Page 29

**PARTIE 2 : La place centrale de la négociation dans le droit des accords collectifs.....Page 53**

CHAPTIRE 1 : La place renforcée de la négociation collective dans la production normative des  
petites entreprises .....Page 53

CHAPITRE 2 : La place sécurisée de l'accord collectif dans les petites entreprises.....Page 77

CONCLUSION.....Page 87

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

## Introduction

*“Un chantier permanent”* est la meilleure façon de décrire l’état du droit de la négociation collective dans les PME/TPE, malgré ce que peuvent dire les *“bâtisseurs de l’ordre nouveau”*<sup>1</sup>.

Le Code du travail ne donne pas véritablement de définition claire et précise de la négociation collective alors pourtant qu’il organise et détaille son régime. Pour esquisser une définition de la négociation, il convient de se tourner vers la doctrine. Le professeur Lyon-Caen en donne une définition assez complète lorsqu’il énonce qu’une négociation *suppose une confrontation d’intérêts antagonistes, intérêts défendus de chaque côté par un porte-parole investi du pouvoir de faire des concessions. Par des concessions bilatérales successives, on espère parvenir à aplanir les divergences initiales, et c’est à l’issue de ce processus argumentatif (qui suppose maîtrisé l’art de la rhétorique) qu’on peut envisager un accord*<sup>2</sup>.

Le professeur Géa résume relativement bien ce qui relève du processus négociatif : *« il incarne une forme, institutionnalisée et procéduralisée, de discussion au niveau de l’entreprise. Cette procédure poursuit la finalité d’élaborer des normes négociées ou d’adopter des compromis au plus près du terrain. Les perspectives poursuivies : amélioration des conditions d’emploi et de travail, aménagement ou adaptation d’autres normes, coopération, etc importent donc peu*<sup>3</sup>. ».

D’autres auteurs sont ensuite venus confirmer que la négociation collective doit être envisagée comme un processus. Notamment le professeur Rosa pour qui, *le droit de la négociation collective est appréhendé comme le processus de discussion menant à la reconnaissance de droit substantiels. En d’autres termes, le droit de mener un processus « mutuel » de discussion fait l’objet d’une protection spécifique, indépendamment même de la qualité des négociateurs.*

---

<sup>1</sup> P. Adam, *La négociation collective sans délégué syndical*, Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2020

<sup>2</sup> G. Lyon-Caen Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective, Dr Soc. 2003, p.355

<sup>3</sup> F. Géa, *Un renouveau de la négociation collective ?* Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2020

La doctrine est unanime. La négociation s'entend d'abord d'un processus<sup>4</sup> qui se définit dans le langage courant comme un ensemble de phénomènes organisés dans le temps. Cela sous-tend l'idée que la négociation implique une pluralité de phases différentes, dont leur réalisation successive s'étale dans le temps. Cette temporalité de la négociation est confortée par les propos du professeur Verkindt, selon *lesquels la négociation mène à une décision qui n'est pas encore prise au moment où s'engage les délibérations résultant de la rencontre des protagonistes*<sup>5</sup>.

Certes, le processus décisionnel de la négociation collective débouche nécessairement sur l'élaboration d'une norme juridique, la convention collective ou l'accord collectif. La recommandation n° 91 de l'OIT fournit d'ailleurs une définition relativement précise de la convention collective. Elle énonce qu'« *on entend par « convention collective » tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers, en conformité de la législation nationale* ». Mais la négociation collective ne peut pas se résumer à la simple adoption d'un acte signé à un instant T. Cet acte n'est que la phase terminale du processus de négociation, la phase émergée de l'iceberg. La négociation collective débute bien avant cela par une série de discussions, par une confrontation d'idées et d'intérêts.

En ce sens, elle se rapproche de la notion de dialogue social qui selon la doctrine, peut être vue sous l'angle de *l'écoute des salariés et de leurs attentes et c'est ensuite la co-construction des règles du jeu avec les représentants des salariés, syndiqués ou non*<sup>6</sup>.

Parce que la négociation est dite « collective », elle requiert nécessairement une pluralité d'acteurs intervenant à la négociation qui revêtent des qualités spécifiques en droit du travail. Que la négociation collective se déroule dans la branche ou dans l'entreprise, s'oppose généralement des organisations syndicales de salariés et les organisations syndicales patronales. Toutefois, notre propos se concentrera sur la négociation qui se déroule dans l'entreprise. La négociation de branche

---

<sup>4</sup> Notamment M. Miné, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail & Emploi n°84, Oct. 2000

<sup>5</sup> P-Y. Verkindt, *De la consultation à la négociation, question de procédure*, Dr soc 1998, p.321

<sup>6</sup> J-C. Sciberras Comment renforcer le dialogue social en France ? Droit social 2019 p.224

ne sera abordée que de manière subsidiaire.

La notion d'entreprise est une notion cadre, liée à celle de société dont elle se distingue toutefois. Selon les mots du professeur Ronan Raffray il s'agit d'un ensemble de moyens humains et matériels regroupés en vue de concourir à l'exercice d'une activité économique.

Notre étude se circonscrit uniquement aux petites entreprises. Il convient de préciser avant cela que, l'entreprise peut parfois se subdiviser en établissement, c'est-à-dire une unité de production, localisée et réunissant de façon durable des moyens matériels et un personnel dirigé par un chef d'établissement auquel le chef d'entreprise délègue des pouvoirs<sup>7</sup>. Pour des raisons de simplification, la notion d'établissement ne fera pas l'objet d'une étude précise dans cet exposé, bien qu'elle puisse être évoquée par moment.

Dans le langage courant, on parle fréquemment des Petites et Moyennes Entreprises (PME) ainsi que des Très Petites Entreprises (TPE). Mais quel est le caractère qui fait d'une entreprise une petite entreprise ? La loi de Modernisation de l'économie du 4 août 2008 a créé une distinction entre les micro-entreprise qui compte moins de 10 salariés, les PME qui comptent moins de 250 salariés, les Entreprises de Taille Intermédiaire (ETI) et les grandes entreprises. Nous nous concentrerons sur les deux premières catégories

Le Code du Travail ne définit ni ne reconnaît aucunement la petite entreprise. Toutefois, ledit code donne des indices qui permettent de tracer les traits d'une distinction entre les petites et les grandes entreprises.

L'effectif de l'entreprise semble être le critère le plus juste pour tracer cette distinction. En effet, le Livre II de la Partie II du Code du travail titre sur *La Négociation collective – Conventions et Accords collectifs de travail*. La section III, relative aux *Conventions et Accords d'entreprise ou d'établissement*, se subdivise elle-même entre les modalités de négociation dans les entreprises pourvues de délégué syndical et les modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical.

Cette première dichotomie se révèle intéressante pour déterminer la frontière entre les petites

---

<sup>7</sup> Association H. CAPITANT, Vocabulaire juridique, sous la direction de G. CORNU, P.U.F. 10<sup>ème</sup> édition

entreprises et les « grandes entreprises » car l'article L. 2143-3 du Code du Travail fait de l'effectif de cinquante salariés dans l'entreprise de l'entreprise, la condition nécessaire à la création d'une délégation syndicale. Une petite entreprise est donc d'abord l'entreprise dépourvue de délégué syndical, voire parfois, totalement dépourvue de représentation légale des travailleurs. Pour être plus précis, nous distinguerons entre la petite et la très petite entreprise.

Mais selon l'article L. 2232-25 du Code du travail, des entreprises de plus de cinquante salariés peuvent ne pas être dotées de délégué syndical. Nous compléterons notre propos en précisant que la petite entreprise est celle dépourvue de délégué syndical et dont l'effectif, inférieur à cinquante salariés. Nous ne tiendrons donc pas compte des modalités de négociation des entreprises dont l'effectif est supérieur à cinquante salariés mais qui restent dépourvues de délégués syndicaux.

Par ailleurs, cet effectif inférieur à 50 salariés ne lui permet que de se doter d'un Comité Économique et Social (CSE) aux attributions restreintes comparativement à celle du CSE des entreprises dont l'effectif est supérieur à cinquante salariés.

A côté de cette catégorie des « petites entreprises », il existe les « Très petites entreprises ». La loi Travail du 8 août 2016 et certains auteurs, s'accordent à considérer que les TPE sont les entités dont l'effectif est inférieur à 11 salariés<sup>8</sup>. Nous nous rangerons derrière cette conception. En admettant que les TPE comptent moins de 11 salariés, dans les propos suivants, nous qualifierons de PME les entités d'au moins 11 salariés mais de moins de 50 salariés.

Depuis l'entrée du délégué syndical dans l'entreprise grâce à la loi du 27 décembre 1968<sup>9</sup>, les différentes réformes n'ont cessé de le considérer comme l'acteur « de principe » des négociations collectives. Il bénéficie aujourd'hui d'une primauté. Les autres représentants du personnel que sont le représentant élu titulaire à la délégation du CSE et le salarié mandaté, doivent être considérés comme des acteurs substitutifs. Leur présence venant simplement pallier l'absence de délégué syndical. Il est donc possible de dire qu'il existe « un droit commun » de la négociation collective dans les entreprises dans lesquelles il existe un délégué syndical. En raison du seuil qu'impose l'article L.2143-3 du Code du Travail ce droit s'exercera généralement dans les entreprises de plus de

---

<sup>8</sup> G. François, *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises* (Première partie), Dr soc. 2019 p.956

<sup>9</sup> Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise



cinquante salariés.

A contrario, dans les petites entreprises, on peut admettre qu'il existe « un droit spécial » de la négociation collective, du fait de l'absence de délégation syndicale. Le régime de ce droit spécial figure aux articles L. 2232-21 et suivant du Code du Travail.

En effet, dans ces entreprises, la négociation se déroule dans des conditions dérogatoires ou, selon un terme qui a la préférence de la doctrine, de négociation dite substitutive<sup>10</sup>. Substitutive car elle vient suppléer une déficience, l'absence de délégué syndical.

La négociation collective, imaginée au début du siècle précédent pour pacifier les revendications ouvrières<sup>11</sup>, a progressivement occupée une place de plus en plus importante dans l'ordre juridique social.

Elle représente un enjeu particulièrement important tant pour les salariés que pour les entreprises elles-mêmes. En effet, pour les entreprises, l'élaboration de normes par le jeu de la négociation collective est synonyme de liberté. En insérant des espaces dédiés à la négociation collective, le législateur accorde aux acteurs économiques et aux partenaires sociaux une part de liberté dans la détermination des règles applicables à la relation de travail et à la gestion de l'entreprise. Ces derniers peuvent s'en saisir pour adapter leur réglementation aux spécificités de leur activité.

Pour les salariés, la négociation collective est un droit qu'ils tirent de textes à valeurs constitutionnelle, principalement du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aux alinéas 6 et 8. Le premier de ces alinéas relatif à la liberté syndicale dispose que chaque travailleur bénéficie de la défense de ses intérêts grâce à l'action syndicale. Le second alinéa porte sur le principe de participation à la détermination des conditions de travail qui suppose l'intervention des délégués de chaque travailleur.

Or selon le principe de liberté syndicale, « les délégués » propres à assurer lors du processus de négociation, la défense des intérêts des salariés ou de l'intérêt collectif de la profession sont assurément les organisations syndicales de salariés. Raison pour laquelle on privilégie la négociation

---

<sup>10</sup> C. Mariano, *La négociation substitutive d'entreprise*, thèse, 2018

<sup>11</sup> G. Lyon-Caen, *Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective*, Dr soc. 2003, p.355

syndicale dans les entreprises dans lesquelles il peut être mis en place. Le Conseil constitutionnel ayant admis que les organisations syndicales de salariés avaient une “vocation naturelle” à exercer ce rôle<sup>12</sup>.

Récemment, les Sages ont considéré pour la première fois, que le huitième alinéa du préambule « consacre un droit aux travailleurs, par l’intermédiaire de leurs délégués, à la participation et à la détermination collective de leurs conditions de travail ». Le Conseil constitutionnel a consacré le droit de participation comme un droit fondamental des salariés. Dans une décision QPC en date du 3 février 2016<sup>13</sup> il énonce pour la première fois que le huitième alinéa du Préambule de 1946 « *consacre un droit aux travailleurs, par l’intermédiaire de leurs délégués, à la participation et à la détermination collective de leurs conditions de travail* ». La formulation ainsi retenue par le Conseil n’est pas sans évoquer un droit à la négociation collective qui doit donc s’analyser comme un droit-créance<sup>14</sup> et comme tout droit de cette catégorie, son effectivité suppose l’intervention des pouvoirs législatifs, débiteur de la créance. Il s’agit d’un droit individuel dont est titulaire chaque salarié mais qui exercé collectivement par les représentants des salariés. Ces derniers représentent l’ensemble des salariés à travers l’intérêt de la collectivité, ce qui permet de garantir une égalité dans la négociation<sup>15</sup>.

Cette exigence est régulièrement rappelée par le Conseil constitutionnel. Toujours à l’occasion de la décision QPC du 3 février 2016, il énonce qu’il appartient au législateur de fixer, au titre des conditions et des garanties de la mise en œuvre du principe de participation, « les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l’entreprise » <sup>16</sup>. Enfin, les juges constitutionnels ont fondé, sur le huitième alinéa du Préambule de 1946, un droit des salariés à la représentation collective.

De fait, au titre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on retrouve l’ensemble des éléments constitutif de la négociation collective : les délégués renvoient aux acteurs de la négociation et plus précisément aux représentants des salariés, *la participation à la détermination des conditions de*

---

<sup>12</sup> C. Constit du 6 novembre 1996 n°96-383DC

<sup>13</sup> Cons. Constit 3 février 2016 QPC n°2015-520DC

<sup>14</sup> Opposé, notamment, à la catégorie des droits-libertés qui ne nécessitent aucune intervention des pouvoirs publics pour se réaliser

<sup>15</sup> M-L. Morin, *Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail*, Le Droit Ouvrier 2017, n°831

<sup>16</sup> I. Odoul-Asorey, *Le principe de participation devant le Conseil constitutionnel*, Le droit ouvrier 2016, n°816

*travail* traduit quant à elle l'implication des acteurs dans le processus négociatif.

Progressivement, les réformes du droit de la négociation collective intervenues depuis la fin du XXème siècle lui ont accordé une grande importance et est venue supplanter la négociation de branche. La loi Auroux du 12 novembre 1982 consacre les accords d'entreprise dont l'autonomie s'est retrouvée renforcée successivement par les lois du 20 août 2008 puis du 8 août 2016.

Progressivement, le droit du travail s'est construit autour de l'accord collectif<sup>17</sup> d'entreprise, l'autorité de la négociation de branche ayant été réduite. La loi du 8 août 2016 illustre relativement bien l'importance accordée à la négociation collective lorsque son article 1<sup>er</sup> dispose que « *cette refondation attribue une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action* ».

Dans le même temps, le professeur François souligne que notre droit du travail s'est construit sur le modèle de la grande entreprise<sup>18</sup>, celle qui dispose de toutes instances représentatives du personnel prévues par la loi, à savoir un CSE dotés de l'ensemble des prérogatives et une délégation syndicale composée d'un ou plusieurs délégués syndicaux d'une organisation syndicale. Doit-on penser que le droit du travail va laisser les petites entreprises « sur le bord de la route » ?

L'Insee dénombre 4 millions de PME/TPE. Elles représentent 99% des entreprises du tissu économique français et 48,7% de l'emploi salarié en France. Les entreprises à l'effectif inférieur à 10 salariés employaient en 2018, 19% de la population active. Il est inconcevable de ne pas leur permettre de négocier collectivement afin d'adopter des normes au plus près du terrain, de leurs besoins et de ceux de leurs salariés.

La prise en compte des spécificités des modalités de négociation dans les petites entreprises a été tardive mais les légiférants se sont appliqués à construire un modèle de négociation collective adapté aux petites entreprises.

La loi du 12 novembre 1996 qui consacre l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 31 octobre

---

<sup>17</sup> P. Lokiec, *Démocratie représentative et démocratie directe*, Dr soc 2019, p.201

<sup>18</sup> G. François, préc.

1995, constitue la première pierre de l'édifice. Elle permet enfin de négocier un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. A partir du 4 mai 2004, la loi dite Fillon prévoit que les entreprises sans délégués syndicaux ont la possibilité de négocier un accord d'entreprise à la seule condition que la convention collective de branche étendue dont elle relève les y autorise. Cette condition a constitué un frein important au développement de la négociation collective dans les petites entreprises. Ce blocage a finalement été levé par l'importante loi du 20 août 2008 qui a dans le même temps, réformer la représentativité des syndicats dans l'entreprise. Les lois postérieures ont progressivement fini d'accroître l'attractivité du dispositif et permis le développement des accords conclus dans les petites entités. La loi n° 2015-994 du 17 août 2015, *relative au dialogue social et à l'emploi* a entendu favoriser le dialogue social et renforcer la légitimité des représentants du personnel. Concrètement, dans les petites entreprises cela s'est traduit par la création de la figure de l' élu mandaté au sein des TPE et par la création de commissions paritaires régionales interprofessionnelles. Enfin la loi de 2016 s'est donnée pour mission de donner plus de place à la négociation collective dans le droit du travail, et a envisagé l'évolution de la norme négociée avec les acteurs substitutifs de la négociation.

Les ordonnances du 22 septembre 2017<sup>19</sup> sont considérées par la doctrine comme une véritable révolution dans le droit du travail<sup>20</sup>. En sus de réformer le système de représentation collective en organisant la fusion des instances existantes sous un organe unique, le CSE, elles voulu accorder une « *place centrale voire prioritaire de l'accord d'entreprise dans le paysage normatif du droit social français* ».

Toutefois, l'on ressent une certaine crainte lorsque, à côté de son objectif de mettre la négociation collective au centre l'ordonnance parle de « *développer les accords collectifs* ». En effet, l'étude d'impact préalable à la loi d'habilitation du 29 mars 2018 énonce que les ordonnances poursuivent l'objectif de « *faciliter les modalités de conclusion d'un accord, des conditions de recours à la consultation des salariés pour valider un accord* ». A côté de cela, il est énoncé que des efforts de rationalisation doivent être menés « *tant pour des raisons de simplification que d'efficacité du dialogue social* ».

---

<sup>19</sup> Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise

<sup>20</sup> F. Géa, *Introduction, un nouveau droit du travail*, Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz, Thèmes & commentaire, 2020

Ainsi, à la lecture de l'étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnance, il semble que les rédacteurs du texte ne voient la négociation collective que comme un moyen de produire des normes afin de satisfaire les acteurs économiques dans le besoin de flexibilité du droit du travail, et non comme un processus de débats contradictoires entre plusieurs négociateurs. L'on pourrait même penser que la volonté de simplifier le dialogue social peut mener à un épurement de la procédure de négociation, surtout au regard du nombre infimes de textes régissant les modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Malgré la volonté de renforcer la place de la négociation collective d'entreprise, l'on se demande alors si la négociation collective dans les petites entreprises trouve elle aussi une place centrale ?

Cela serait prendre un raccourci trop brutal de dire que la négociation collective occupe une place centrale depuis les ordonnances dites *Macron*.

Si l'on devait envisager la négociation collective conformément à la définition ayant l'approbation de la doctrine, c'est-à-dire comme un processus contradictoire, préalable à toute conclusion d'accords collectifs, dans lequel se confrontent les intérêts économiques de l'employeur, et celui de la collectivité de travail représentés par divers acteurs de la négociation alors la place occupée par la négociation dans les petites entreprises est loin d'être centrale. Principalement parce que la représentation du personnel connaît un recul non négligeable dans les petites entreprises. Ce recul est encore plus flagrant vis-à-vis des représentants syndicaux. Également parce que, comme l'on pouvait s'en douter, la volonté des rédacteurs de l'ordonnance de simplifier le dialogue social a conduit, dans les plus petites entreprises, à supprimer purement et simplement tout processus de négociation au profit d'une production « industrielle » d'accords collectif.

En revanche, si l'on doit envisager la négociation collective comme un moyen de produire des normes afin de flexibiliser le droit du travail et ainsi de l'adapter aux contraintes économiques alors l'on peut dire que l'ordonnance a réussi son pari. Petites et grandes entreprises jouissent du même champ de compétence de la négociation d'entreprise. Cela est rendu permis par la place prédominante faite au pouvoir unilatéral du chef d'employeur dans l'élaboration des normes. Qualité inhérente de la négociation, le caractère « collectif » est devenu transparent, invisible. Par le jeu habile de la fiction juridique, l'accord « négocié » dans les petites entreprises s'est trouvé une place sécurisée dans l'ordonnancement des normes en droit du travail.

Dans les petites entreprises, comme dans les grandes, la négociation collective étant destinée à être utilisée à l'appui d'une production normative importante, elle trouve une place subsidiaire au regard du droit à la négociation collective dans les petites entreprises (**Partie 1**). Elle revêt donc une place centrale dans le droit des conventions collectives. (**Partie 2**).

## **Partie 1 - La place subsidiaire de la négociation collective dans le droit à la négociation collective**

Le droit à la négociation collective tel qu'il est tiré des alinéa 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 suppose d'abord la réunion d'une représentation du personnel. À ce titre, le Conseil constitutionnel formule dans une célèbre décision en date du 6 novembre 1996 que les syndicats, s'ils n'ont pas le monopole constitutionnel de la représentation, ils ont une vocation naturelle à représenter. Selon la définition du professeur Verkindt, représenter consiste à faire exister ou *rendre présente une collectivité que le droit ne considère pas véritablement comme une personnalité juridique*<sup>21</sup>. Or nous verrons qu'il accorde une place renouvelée à la représentation du personnel dans les petites entreprises (**Chapitre 1**).

Le droit à la négociation collective suppose ensuite la mise en place d'un processus négociatif précédant l'adoption des conventions collectives ou des accords collectifs, qui selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel doit permettre une concertation appropriée, signe qu'une certaine qualité du débat est requise. Mais la place attribuée à la représentation du personnel réduit d'autant la place de cette négociation « préconventionnelle »<sup>22</sup> dans les petites entreprises (**Chapitre 2**).

### ***Chapitre 1 - La place renouvelée de la représentation du personnel dans les petites entreprises***

Le Conseil constitutionnel juge de manière constante qu'il revient au législateur de déterminer « *les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise* »<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> P.-Y. Verkindt, *Entre la représentation et la négociation collective, les droits de la collectivité des salariés*, Dr Ouvrier 2019 p.418

<sup>22</sup> G. Auzero *L'exigence de loyauté en matière de négociation collective*, Mélanges offerts à G. Pignarre, LGDJ 2018, p. 33

<sup>23</sup> C. const. 26 juillet 2013 n° 2013-333 DC, QPC, (consid. 5) et C. const., 13 octobre 2017 n° 2017-661 DC QPC ,

Dans les petites entreprises, les conditions particulières de seuils d'effectif empêchent l'application des règles de ce que l'on pourrait considérer comme un « droit commun de la représentation du personnel ». Il est accordé une primauté au délégué syndical auxquels se substituent, à défaut de ce dernier, les négociateurs palliatifs que sont les représentants élus à la délégation du CSE ou les salariés mandatés par une organisations syndicale représentative au niveau de la branche.

La représentation du personnel à contre-courant du mouvement de « décentralisation » de la norme négociée du niveau de la branche vers celui de l'entreprise. La représentation syndicale recule surtout dans les PME et se retrouve finalement atrophiée (**Section 1**) quand la représentation du personnel dans les TPE se centralise dans la branche (**Section 2**)

### **Section 1 - Une représentation syndicale atrophiée**

Les droits fondamentaux et les principes reconnus particulièrement nécessaires à notre temps accordent une place importante à la représentation syndicale dans le processus de négociation collective des conditions de travail. À cette place, siège normalement le délégué syndical, qui bénéficie théoriquement d'une primauté en tant que négociateur en face de l'employeur. Elle confère alors une réelle consistance aux droits fondamentaux énoncés dans les textes à valeurs constitutionnelle.

Au gré des différentes réformes, la place accordée à la représentation par les syndicats ne s'est retrouvée que légèrement affaiblie dans les entreprises de plus de 50 salariés dans lesquelles est apparu un nouvel organe pouvant se substituer au délégué syndical, le conseil d'entreprise. Contrairement aux entreprises ayant un effectif inférieur à 50 salariés, le contexte syndical empêche d'accorder au délégué la primauté qui lui est due. La faculté laissée aux entreprises de se saisir de cette désignation est devenue complètement illusoire (**Paragraphe 1**). De plus, l'adaptabilité des règles relatives à la négociation en l'absence de délégué syndical a conduit à un mouvement de diversification des acteurs de la négociation opérant au détriment des organisations syndicales (**Paragraphe 2**).

## ***Paragraphe 1 - L'illusion d'une négociation par le délégué syndical dans les petites entreprises***

Aujourd'hui l'article L2143-6 du Code du travail permet, aux « établissements »<sup>24</sup> de moins de cinquante salariés, la désignation de délégués syndicaux membres de la délégation au comité social et économique comme représentant du personnel et acteur de la négociation. Par ce texte, l'objectif du législateur est de remédier à l'exclusion des petites entreprises d'une représentation et, à fortiori, d'atteindre une négociation semblable à celle qui existe dans les entreprises dont l'effectif est supérieur à cinquante salariés. Cet objectif était intéressant car sa concrétisation aurait permis le maintien d'un lien syndical fort grâce à la primauté dont aurait bénéficié le délégué syndical dans les négociations. Mais la tentative de poursuivre l'adaptabilité des règles relatives à la négociation collective dans les petites entreprises n'a pu être menée avec succès. L'analyse montre qu'en réalité, la représentation des salariés des petites entreprises par un délégué syndical n'est qu'une faculté laissée à ces derniers que les difficultés, notamment liées à l'absence de moyen suffisants consacrés à remplir cet objectif, rendent illusoirs.

En effet, le texte s'adapte aux moyens qui existent dans ces entreprises à l'effectif restreint, en disposant que la désignation du délégué syndical ne peut concerner qu'un membre élu titulaire à la délégation du CSE. La jurisprudence de la Cour de cassation est par ailleurs suffisamment stricte sur ce point lorsqu'elle interdit à un engagement unilatéral ou à un usage la désignation d'un salarié non membre de la délégation élue au CSE en qualité de délégué syndical<sup>25</sup>. Le seul aménagement favorable aux syndicats dans les petites entreprises réside dans la possibilité de ne pas avoir à justifier de la constitution d'une section syndicale<sup>26</sup>. Notons que cela est ironiquement appréciable car constituer une section est également réservée aux entreprises de plus de 50 salariés alors que la constitution d'une section syndicale est rendue possible par la réunion d'au moins deux salariés.

La principale difficulté relative à la désignation d'un élu du CSE en qualité de délégué syndical tient à l'exigence d'un syndicat représentatif ou « quasi représentatif » dans l'entreprise<sup>27</sup>. Depuis la loi du 20 août 2008<sup>28</sup>, les règles relatives à la représentativité syndicales ont grandement changé car

---

<sup>24</sup> G. Auzero - Soc 29 avril 2009 : le seuil de 50 salariés doit s'apprécier au niveau de l'entreprise, Précis Dalloz 2021, ed n°34,

<sup>25</sup> Cass. Soc 20 mars 2001 99-60.496

<sup>26</sup> Cass. Soc 12 décembre 1990 ; 88-60.871

<sup>27</sup> G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes *Précis de droit du travail* 2021, Ed n°34 Dalloz

<sup>28</sup> Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale



depuis cette date, il n'est plus question de représentativité présumée par l'affiliation aux grandes centrales syndicales, mais de représentativité prouvée par le respect des sept critères cumulatifs qu'impose l'article L. 2121- 1 du Code du Travail. Si ce dispositif renforce la légitimité des acteurs syndicaux ainsi nommés, il est évident que le respect de ces critères ne favorise pas l'implantation des syndicats dans les petites entreprises.

Le maintien des règles antérieures à 2008 aurait eu un effet favorable pour les petites entreprises et une facilité de mise en place. N'aurait-on pas pu imaginer une représentativité syndicale adaptée aux entreprises dépourvues de délégué syndical justement afin de permettre leur développement et ainsi réduire l'importance et la complexité du droit dérogatoire à la négociation collective ? Bien sûr, il aurait fallu dans le même temps réduire les seuils d'effectifs imposés par la loi. Cette solution fait d'ailleurs consensus dans la doctrine<sup>29</sup>.

Si a priori, le Code du Travail ne fait pas de l'effectif de l'entreprise une condition nécessaire à la mise en place d'un délégué syndical, l'absence d'obligation dans la mise en place des élections professionnelles ne rend pas le climat favorable à l'implantation des syndicats dans les petites entités. D'autre part, les règles qui gouvernent la mise en place des élections professionnelles du représentant titulaire élu au CSE instaurent des seuils qui empêchent concrètement les plus petites entreprises de se doter d'un délégué syndical. À ce titre, l'employeur peut, en cas de carence de candidat aux élections des titulaires du CSE recourir au référendum d'entreprise disposé à l'article L. 2232-21 du Code du Travail. Par conséquent, il est évident que l'effectivité de ce texte est relative (pour ne pas dire quasiment inexistante) pour les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas vingt salariés. Les petites entreprises ne sont-elles pas, dès lors, exclues de la possibilité d'une telle désignation ?

L'ensemble de ces difficultés amène au « difficile » constat que seul 4% des entreprises de moins de cinquante salariés sont aujourd'hui dotées de délégués syndicaux parmi les représentants du personnel<sup>30</sup>. C'est à partir de ce constat que les pouvoirs publics s'entendent à trouver des solutions subsidiaires afin de garantir un droit « universel » à la représentation du personnel par la recherche d'autres interlocuteurs pouvant endosser le rôle de représentants du personnel dans le processus

---

<sup>29</sup> F. Canut La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr soc. 2017, p.1033

<sup>30</sup> F. Canut, préc.

de négociation. Car pour pallier les difficultés de désignation du délégué syndical – liées à la promotion de la négociation collective dans les petites entreprises - il est plus facile de multiplier les acteurs plutôt que d'envisager une véritable politique visant à renforcer ou faciliter l'implantation d'un négociateur de droit commun, à savoir le délégué syndical, et ce dans l'ensemble des entreprises, sans distinction d'effectifs.

Il a donc été convenu de permettre la négociation avec d'autres interlocuteurs que le délégué syndical. Cela participe dans le même temps à la désagrégation du « lien organique » qu'entretenaient les syndicats avec la négociation collective<sup>31</sup>. Ce lien résulte de l'article L. 2132-2 du Code du travail, en affirmant que les « *Les organisations de salariés constituées en syndicats professionnels sont seules admises à négocier les conventions et accords collectifs de travail* », il admet la compétence exclusive de ces dernières à négocier. Toutefois, il se retrouve fortement entamé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel en date du 6 novembre 1996<sup>32</sup> qui considère que les syndicats n'ont qu'une « vocation naturelle » à négocier.

Il y a quelque chose d'assez contradictoire entre les réformes menées par le législateur et le discours tenu par le Conseil constitutionnel. Depuis 1982, le premier renforce la présence du syndicat dans l'entreprise et assoit un peu plus sa légitimité en faisant de l'audience le critère prépondérant dans la désignation du délégué syndical mais cela diminue par la même occasion, la facilité pour les petites entreprises de nommer un délégué syndical. Tandis que de son côté, le Conseil constitutionnel, affirme que l'absence d'une telle désignation ne compromet pas *la vocation naturelle* des syndicats à négocier et valide ainsi la diversification des acteurs de la négociation quitte à faire reculer la présence syndicale dans ces entreprises.

La disposition qui permet aux petites entreprises de faire de l'élu titulaire au CSE un délégué syndical reste donc vide de sens si des moyens supplémentaires ne sont pas accordés au monde syndical afin de réduire la défiance qui règne à son encontre. S'ajoute à cela, les règles relatives à la mise en place du CSE et à cette désignation qui la rendent complexe. Il apparaît ici le second état d'une atténuation de la *vocation naturelle* des syndicats à représenter et à se positionner comme les délégués des travailleurs au sens de l'alinéa 8 du préambule de la constitution de 1946. Ce mouvement se poursuit

---

<sup>31</sup> CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*,

<sup>32</sup> C. Constit 6 novembre 1996 n°96-383 DC

ensuite par une diversification des acteurs de la négociation au détriment des syndicats.

## ***Paragraphe 2 - La diversification des acteurs de la négociation au détriment des organisations syndicales de salariés***

L'évolution du mouvement de diversification s'opère quelque peu au détriment du fait syndical. Les choix du négociateur l'ont amené à davantage mettre en avant les membres élu au CSE (B) plutôt que le salarié mandaté relégué au second plan (A) dans sa qualité de délégué à la négociation dans les petites entreprises.

### **A - Le salarié mandaté relégué au second plan dans les petites entreprises**

On observe un maintien du monopole syndical dans les grandes entreprises vu la hiérarchie qu'instaure les articles L. 2232-24 et L. 2232-25 du Code du Travail dans les entreprises de plus de cinquante salariés. En effet, le premier article permet aux membres élus au CSE expressément mandatés par un syndicat représentatif au niveau de la branche de négocier conclure et réviser n'importe quel accord quand le second article permet, à défaut d'élus mandatés, aux membres élus non mandatés de négocier, conclure et réviser un accord seulement sur des mesures déterminées par la loi ou un accord collectif.

Dès lors, on peut véritablement parler de subsidiarité des représentants du personnel lors de la négociation du fait de la double limitation des représentants élus non mandatés. Ces derniers n'exercent leur rôle de négociateur qu'en l'absence d'un mandatement syndical et sur un champ d'application restreint *aux thèmes de négociation relatifs aux mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi ou un accord collectif*<sup>33</sup>. Il en ressort une primauté du recours au représentant élu mandaté en tant que négociateur substitutif. Mais cette subsidiarité qui accorde la primauté aux négociateurs syndicaux existe-t-elle aussi dans le droit de la négociation collective des petites entreprises ?

Les petites entreprises se trouvent dans une situation différente de celle des entreprises de plus de

---

<sup>33</sup> Article L. 2232-25 Code du Travail

50 salariés sans délégués syndicaux alors pourtant qu'elles bénéficient des mêmes représentants substitutifs au délégué syndical. Cela est d'autant plus étonnant qu'avant la réforme de 2017, les négociateurs palliatifs étaient mis en place de telle façon que la priorité était portée sur le représentant élu non mandaté. La négociation avec le salarié mandaté ne pouvait s'ouvrir qu'à défaut de représentant élu, lorsque son absence était constatée par procès-verbal de carence<sup>34</sup> et une fois l'autorisation donnée par une convention de branche ou interprofessionnelle. Autrement dit, il existait une véritable subsidiarité des salariés mandatés, ces derniers n'étaient sollicités qu'à défaut d'élus de représentant élu.

Depuis septembre 2017, au terme de l'article L. 2232-23-1 du Code du Travail sont habilités à négocier, aussi bien les représentants élus au CSE que les salariés expressément mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche ou à défaut au niveau national et interprofessionnel. Tous deux se situent, en théorie, sur un pied d'égalité marqué par l'usage du terme « soit » de l'article L. 2232-23-1 du Code du Travail. Il n'est donc plus question de parler de subsidiarité mais « d'alternativité » dans la représentation du personnel car pour reprendre les mots du Professeur Mazeaud, « *Représentativité syndicale et représentativité élective* » s'exercent désormais « *sans prédominance de l'une sur l'autre* »<sup>35</sup>.

Mais cette égalité ne rentre-t-elle pas en contradiction avec le principe de liberté syndicale figurant dans les textes à valeurs supra-légale ?

Non, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'état. Cette égalité ne rentre pas en contradiction avec le principe de liberté syndicale, ni ne heurte « la liberté d'organisation des syndicats »<sup>36</sup>. En effet, les syndicats requérants demandaient principalement l'annulation du décret du 26 septembre 2017<sup>37</sup> car ils estimaient que celui-ci portait atteinte au principe de liberté syndicale tel que consacré par la constitution de l'OIT et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans le silence de l'arrêt, ils critiquaient également la place qui était réservée aux salariés non élus faisant l'objet d'un mandatement par une organisation syndicale.

---

<sup>34</sup> B. Teyssié, *La négociation d'accords d'entreprise sans délégués syndicaux*, D. 2004, 2358

<sup>35</sup> A. Mazeaud, *La négociation des accords d'entreprises sans délégué syndical* ; Dr soc. 2009 ; p.669

<sup>36</sup> CE., 1er avril 2019, n°417652

<sup>37</sup> Décret n° 2017-1767 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises

Les conventions internationales n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective et n°135 concernant les représentants des travailleurs ont rapidement été écartées par le Conseil d'État. La trop grande généralité de leurs termes ne leur permettait pas de revêtir un quelconque effet direct devant le juge.

Le Conseil d'Etat a écarté ensuite l'article 11 paragraphe 1 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il justifie ce choix en énonçant le caractère substitutif du référendum, qui ne doit être organisé qu'en l'absence de délégué syndical.

On ne saurait qu'affirmer le caractère insidieux de cette solution. Certes, les dispositions ne font pas en elles-mêmes véritablement obstacles aux syndicats. Mais elles ne facilitent pas non plus le recours à ces derniers en alourdissant la procédure d'adoption des accords par la tenue d'un référendum lorsqu'un salarié mandaté non élu intervient dans la négociation. Cela est d'autant plus regrettable que le Conseil d'Etat ne tient pas non plus compte du contexte de « crise des vocations »<sup>38</sup> qui perdurent depuis de nombreuses années dans les entreprises. Il est donc certain que l'objectif des légiférants n'est pas de remédier à cette crise, le Conseil d'Etat affirmant que le législateur voulait « développer les accords ».

En effet, comment relever le taux de syndicalisation dans ces entreprises dans ce contexte dès lors qu'il n'existe plus d'incitation au mandatement syndical aussi minime soit-elle ? Bien que la technique du mandatement ne garantisse pas une réelle proximité avec les problèmes quotidiens auxquels est confrontée la collectivité<sup>39</sup>, elle peut se révéler intéressante au regard du lien qui subsiste entre la négociation collective et les organisations syndicales.

Certains auteurs ont mis en avant que la modification apportée par la dernière réforme peut paraître satisfaisante en ce qu'elle renforce la diversité des acteurs de la négociation substitutive. Mais surtout parce qu'elle semble renforcer un peu plus la figure du salarié mandaté dans la mesure où l'égalité instaurée entre les deux acteurs alternatifs met fin à la primauté du représentant élu. Il est donc accordé, du moins en apparence, les mêmes chances à l'un qu'à l'autre pour représenter les

---

<sup>38</sup> F. Géa, *Le renouveau de la négociation collective*, Retour sur les ordonnances Macron, 1ère ed., Dalloz, Thèmes & commentaires

<sup>39</sup> F. Petit, *Vers une représentation universelle des salariés*, Dr Soc. 2015, p. 873

salariés lors de la négociation d'un accord.

Cela aurait pu s'avérer vrai si le mandatement syndical n'avait pas été considéré comme peu concluant par les rédacteurs de l'ordonnance<sup>40</sup>. Ce qui les a conduits à mettre en avant le rôle du représentant élu à la délégation du CSE<sup>41</sup>.

### **B - La mise en avant de l'élu non mandaté dans les petites entreprises**

L'article L. 2232-23-1 du Code du Travail institue donc une égalité dans la désignation des négociateurs parmi les représentants du personnel. Or cette égalité n'est que formelle. Les conséquences du choix que le Code du Travail laisse à l'employeur seront différentes selon que l'on négocie avec un représentant élu non mandaté ou un salarié mandaté, élu ou non.

En effet, toujours selon l'article L. 2232-23-1, la validité des accords conclus avec un membre élu de la délégation du CSE est subordonnée à la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Cette même validité est soumise à la ratification à la majorité des suffrages exprimés par la collectivité de salariés lors d'un référendum d'entreprise lorsqu'il s'agit d'un salarié mandaté. Cette distinction est lourde de conséquence car elle conduira sans doute l'employeur, si tant est qu'il en ait le choix, à privilégier la négociation avec un élu à la délégation du CSE plutôt qu'avec un salarié mandaté. Cela lui épargnera l'organisation d'un référendum. Soumis aux principes généraux du droit électoral, le référendum représente non seulement une règle procédurale venant alourdir le processus d'adoption de l'accord mais également un aléa supplémentaire pouvant faire échec à l'adoption de la norme négociée.

Mais au regard des modalités de conclusion des accords collectifs propres à chacun de ces négociateurs, l'absence de hiérarchie entre les représentants du personnel tout au long du processus de négociation constitue un facteur important de recul du mouvement syndical.

Pourtant, les réformes ont pendant longtemps exigé que les négociateurs dérogatoires au délégué syndical maintiennent un lien avec l'organisation syndicale. On pouvait alors voir le représentant élu

---

<sup>40</sup> Etude d'impact des ordonnances de septembre 2017

<sup>41</sup> F. Canut préc.

au Comité d'entreprise, aujourd'hui CSE, comme un « agent palliatif de négociation »<sup>42</sup> notamment en ce que la loi du 4 mai 2004 concrétisait un souhait de la position commune du 16 juillet 2001 en exigeant que les accords conclus par les représentants élus non mandatés fassent l'objet d'une validation par une commission paritaire. Par cette étape procédurale supplémentaire, les efforts montraient une volonté de développer le fait syndical ainsi qu'une volonté de renforcer la légitimité de l'accord.

Toutefois, par la loi El Khomri, cette exigence de validation fut réduite à une simple transmission pour information aux commissions paritaires et fut finalement purement abrogée par l'ordonnance de 2017. Nouvel affront pour les syndicats qui voient un peu plus leur implication réduite dans le processus de négociation.

Désormais la situation est relativement différente pour ce qui est des entreprises de moins de cinquante salariés. Les ordonnances ont circonscrit toute hiérarchie entre les représentants du personnel mais ont biaisé l'égalité entre eux, renforçant l'attrait que pourrait avoir l'employeur à choisir le représentant élu.

Le rôle de la représentation élue du personnel ressort renforcée de l'ordonnance de 2017<sup>43</sup>. Parce que choisir de négocier avec l'élue au CSE, alors même qu'un salarié mandaté peut exister dans l'entreprise, évite à l'employeur toute information des organisations syndicales représentatives à un niveau supérieur. On assiste corrélativement à une sortie des syndicats hors des murs de l'entreprise<sup>44</sup>.

Ne faut-il pas voir dans cette sortie des syndicats des enceintes des petites entreprises un mouvement de centralisation de la représentation du personnel ; c'est-à-dire un mouvement qui consiste à cantonner les organisations syndicales dans des niveaux de négociation supérieurs à celui de l'entreprise. A supposer cela vrai, ce mouvement s'insère à contre-sens de celui des conclusions des accords collectifs.

---

<sup>42</sup> Y. Ferkane, *Le CSE comme agent de la négociation*, Le droit ouvrier 2020, n°865

<sup>43</sup> F. Géa, *Un renouveau de la négociation collective ?*, Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz Thèmes & commentaire, 2020, p.113.

<sup>44</sup> A. Lyon-Caen, *Des organisations syndicales nous n'en voyons même pas l'ombre – présentation des ordonnances*

Depuis plusieurs années, l'effort - initié sur le thème du temps de travail à l'occasion de la loi de 2016 - s'est organisé pour permettre aux acteurs économiques de conclure des normes négociées au plus près de leurs besoins. De nombreux auteurs ont alors fait référence à la décentralisation des normes négociées "*qu'il faut favoriser coûte que coûte*"<sup>45</sup>, mouvement que les ordonnances de 2017 ont finalisé. D'une certaine façon, cette vision traduit la défiance des rédacteurs de l'ordonnance vis-à-vis des syndicats. Il n'est pas fait obstacle aux syndicats, leur présence étant en apparence maintenue, mais celle-ci est rendue inopérante par leur extériorisation de l'entreprise.

En réalité, privilégier, dans les petites entreprises, la représentation élue au CSE comme négociateur conserve, selon certains auteurs, une part de cohérence. La représentation élective bénéficie d'un ancrage direct dans l'entreprise, comparable à celui du délégué syndical, contrairement aux organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou interprofessionnel, extérieures à l'entreprise<sup>46</sup>. Aussi, se risquerait-on à dire que, la réforme de 2017 conserve une part de subsidiarité<sup>47</sup> dans la désignation de négociateurs lorsque l'entreprise dépourvues de délégués syndicaux.

L'alinéa 8 du préambule de la constitution de 1945 évoque au pluriel des délégués du personnel représentant les salariés dans la détermination de leurs conditions de travail. Le droit dérogatoire à la négociation collective maintient donc cette pluralité des négociateurs par la présence du représentant élu et du salarié mandaté. Mais dans le même temps, en offrant à l'employeur une liberté de choix guidée par un allègement procédural et une plus grande facilité à conclure des accords collectifs dans l'intérêt de l'entreprise, cela réduit l'effectivité de la pluralité des délégués du personnel. La place de la représentation des salariés s'en trouve donc réduite. Elle n'a donc que peu de considération pour la vocation naturelle des syndicats car l'absence de caractère substitutif ne confère aucune hiérarchie à ce mode de représentation.

À l'égard des entreprises dont l'effectif est compris entre 20 et 49 salariés, la réforme de 2017 maintien donc une relative effectivité du droit à la représentation du personnel en ce que ses normes

---

<sup>45</sup> Notamment F. Canut, *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr soc 2017, p. 1033

<sup>46</sup> F. Géa Préc.

<sup>47</sup> *Un renouveau de la négociation collective ? Retour sur les ordonnances Macron : conformément à la définition de la subsidiarité retenue par Frédéric Géa et issue de J-L Clergerie Le principe de subsidiarité*, Ellipse, coll « Le droit en question ». Définition selon laquelle il s'agit de *limiter le pouvoir de l'échelon supérieur en n'autorisant celui-ci à agir que lorsqu'il est en mesure de le faire avec plus d'efficacité que l'échelon inférieur*.



garantissent à chacun un mode de représentation. La liberté syndicale conserve toute sa consistance de liberté c'est-à-dire qu'aucun superflu ne demeure puisqu'il est libre à chacun de s'en saisir pour bénéficier de l'intervention des organisations syndicales. Malgré cela, on peut objecter que la réforme centralise l'action des organisations syndicales dans les niveaux de négociation supérieurs à l'entreprise et privilégie la négociation par le représentant élu au CSE. Elle n'offre pas réellement de réponse au problème de syndicalisme, davantage criant dans les petites entreprises. On retrouve également cette tendance paradoxale de centralisation de la représentation du personnel dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à 20 salariés.

## **Section 2 - Une représentation centralisée du personnel des TPE**

La diversification des acteurs de la négociation ne semble pas aussi aisée dans les entreprises de plus petite taille. On a donc voulu surmonter cette difficulté en centralisant la représentation des salariés. Cela procède d'un double mouvement. Il consiste d'abord en un affaiblissement de la place de la représentation à l'intérieur de l'entreprise (**Paragraphe 1**). Cet affaiblissement a ensuite donné lieu à une volonté de rendre universelle la représentation des salariés (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1 - L'affaiblissement de la représentation dans les très petites entreprises***

L'analyse des textes relatifs aux entreprises dont l'effectif est inférieur à vingt salariés, distinction faite avec les entreprises de moins de 11 salariés, révèle une raréfaction des représentants du personnel (**A**), voire leur disparition complète dans les entreprises les plus petites (**B**).

#### **A - La raréfaction des représentants du personnel dans les entreprises de moins de 20 salariés**

Si les entreprises de moins de vingt salariés connaissent les mêmes difficultés relatives au mandatement syndical que celles évoquées précédemment, s'ajoutent celles tenant à l'élection d'un représentant élu à la délégation du CSE.

En effet, au-delà du seuil d'effectif habituel de 11 salariés, l'entreprise se doit de mettre en place le

Comité Social et Économique conformément à l'article L. 2311-2 du Code du Travail. S'il s'agit là d'une obligation légale, le Code du Travail présente certaines subtilités qui accordent à l'employeur une marge de manœuvre suffisante pour se soustraire à ses obligations et lui permette de faire reculer un peu plus la présence des organisations syndicales au détriment d'une représentation effective de la collectivité de salariés

L'article L. 2311-2 conditionne la mise en place de l'institution par le maintien d'un effectif dans l'entreprise d'au moins 11 salariés sur une période de 12 mois consécutifs. Cette première règle rompt avec le régime précédent dans lequel, il fallait apprécier l'effectif de l'entreprise sur une période de 12 mois consécutifs et non au cours des trois années précédentes. La formule actuelle offre davantage de souplesse en permettant à l'employeur d'échapper au franchissement du seuil de 11 salariés et donc à la mise en place du CSE.

En effet, au sens de l'article L. 1111-2 du Code du Travail sont considérés comme des salariés compris dans « l'effectif habituel » de l'entreprise, les travailleurs titulaires d'un CDI à temps plein. L'intégration des autres salariés titulaires d'un CDD ou d'un contrat de travail temporaire dans l'effectif est apprécié au prorata de leur temps de présence dans l'entreprise. Il peut donc exister une grande différence entre l'effectif réel et l'effectif légal de sorte que le seuil de 11 ne soit pas atteint. Toutefois, si tant est que ce seuil puisse être atteint, il existe, de nombreux dispositifs entre les mains de l'employeur pour retarder que le douzième salarié n'entre dans la comptabilisation de l'effectif<sup>48</sup>.

En le sachant, l'employeur peut mettre en place une stratégie par la manipulation des chiffres afin de remplir les objectifs de production de son entreprise tout en s'affranchissant de son obligation de mettre en place le CSE. Le recours au temps partiel en est un excellent moyen. A titre d'exemple, il peut exister dans l'entreprise une quinzaine de salariés dans l'entreprise, si ceux-ci travaillent à raison de 24 heures par semaine, l'entreprise ne comptabilise dans son effectif que 10.3 unités<sup>49</sup>. Effectif insuffisant pour être obligé d'instaurer le CSE, mais peut-être suffisant pour satisfaire la productivité de l'entreprise.

---

<sup>48</sup> S. Béal, *La mise en place du comité social et économique : l'art de l'évitement* in Retour sur les ordonnances Macron

<sup>49</sup> 15 salariés à 24 heures hebdomadaire soit  $15 \times 24 = 360 / 35 = 10,3$

En outre, avec la mise en place du CSE, peut être prévue l'organisation de cette élection des représentants élus grâce au protocole d'accord préélectoral. Son objet est de déterminer les conditions de l'élection d'une institution chargée, pour ces entreprises, à négocier et conclure des accords collectifs<sup>50</sup>. Ainsi, cet acte concourt directement à la concrétisation du droit de participation des travailleurs aux conditions de travail<sup>51</sup>.

La première difficulté se porte sur la façon de lire l'article L. 2314-5 du Code du Travail selon lequel l'employeur informe et invite les organisations syndicales représentatives<sup>52</sup> de la négociation du protocole. Le droit dérogatoire de la négociation collective s'exprime au cinquième alinéa en précisant que cette invitation est faite uniquement si au moins un salarié se porte candidat dans un délai de trente jours à compter de l'information du personnel de la tenue des élections.

Pour l'administration du travail et une partie de la doctrine<sup>53</sup>, l'absence de candidature dans le délai imparti met fin au processus électoral par un procès-verbal de carence établi par l'employeur<sup>54</sup>, qui ne peut plus se poursuivre. Le Conseil constitutionnel adopte une position différente à l'occasion de son arrêt du 21 mars 2018<sup>55</sup>. Appuyé par certains auteurs<sup>56</sup>, il semble adopter une lecture plus littérale de l'article <sup>57</sup>. Au terme de celle-ci, l'absence de candidat exclut uniquement les organisations syndicales de la négociation du protocole d'accord, les conditions d'organisation du scrutin étant alors élaborées unilatéralement par l'employeur.

A qui donner raison, car l'une n'empêche pas l'autre. En l'absence de candidature déclarée dans les 30 jours, il est toujours possible pour les salariés d'en déclarer une dans les 6 mois qui suivent le procès-verbal de carence et de demander une nouvelle négociation du Protocole d'accord préélectoral selon l'article L.2314-8 du Code du Travail. Toutefois, cela reste théorique car il y a peu de chance de voir une candidature se déclarer sans nouvelle circonstance passé le délai de trente jours.

---

<sup>50</sup> B. Bauduin, *La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés*, Dr Soc 2018 ; p.682.

<sup>51</sup> Alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

<sup>52</sup> Représentatives au niveau de la branche, national ou interprofessionnel pour ce qui est des entreprises de moins de 20 salariés

<sup>53</sup> Daniel Boulmier ; *La mise en place du CSE ou l'art de l'évitement ...Retour sur les ordonnances Macron*, Dalloz, p.194

<sup>54</sup> Min du travail Q/R 21 avril 2018 Question n°44

<sup>55</sup> DC n° 2018-761, C. Constit 21 mars 2018, consid. 48

<sup>56</sup> D. Chatard et L. Paoli, *Le protocole d'accord préélectoral*, JCP S 2018, n° 1066.

<sup>57</sup> Considérant n° 48 C.constit préc.

Il importe donc assez peu que la première lecture ou que la seconde soit vraie. En l'absence de tout candidat à la représentation élue au CSE, l'employeur peut recourir directement à un mode de conclusion d'accord collectif exempt de toute négociation. Simplement, s'il fallait retenir la première lecture cela constituerait un moyen supplémentaire aux mains de l'employeur pour priver les salariés de toute représentation et le droit de participation se verrait « véritablement réduit à peau de chagrin »<sup>58</sup>.

La représentation du personnel est fragile dans les petites entreprises. La pérennité de la place des délégués de la collectivité des travailleurs n'est nullement assurée dans le droit dérogatoire de la représentation du personnel qui n'offre pas plus de solutions substitutives suffisantes. Nous le verrons, les solutions de substitution proposées ne donnent aucune satisfaction car à la raréfaction des représentants s'ensuit sa suppression pure et simple lorsque l'entreprise compte moins de 11 salariés.

### **B - Des représentants du personnel inexistant dans les TPE**

Dans les entreprises de moins de 11 salariés la mise à l'écart des syndicats d'une part et, d'une manière plus générale, de la représentation des salariés d'autre part depuis l'ordonnance de septembre 2017 apparaît « brutale », pour reprendre les mots du professeur Canut<sup>59</sup>.

En effet, la loi REBSAMEN permettait jusqu'en 2017, à travers le défunt article L. 2232-24 du Code du Travail, que dans les entreprises de moins de 11 salariés, le salarié mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche, national ou interprofessionnel, pouvait négocier et conclure, de manière exclusive, des accords relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi (ou un accord collectif). Si le champ de compétence de ce négociateur apparaissait certes limité, le texte présentait l'avantage non négligeable d'autoriser une présence syndicale par la technique du mandatement dans ces entreprises à l'effectif très réduit. Il est fort regrettable de constater que les ordonnances du 22 septembre 2017 n'ont pas repris cette disposition, même à lui faire perdre son caractère exclusif<sup>60</sup>. Car en effet, les pouvoirs publics n'ont

---

<sup>58</sup> B. Bauduin préc.

<sup>59</sup> F. Canut La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr soc. 2017, p.1033

<sup>60</sup> A. Fabre et P. Sanpietro ; *L'accord référendaire dans les TPE* ; BJT n°10 p.53.

eu que pour seule idée que de rendre illégale la présence d'un mandataire syndical dans l'entreprise sur le seul motif avancé par l'administration/le gouvernement que ce mécanisme ne fonctionnait pas, alors pourtant qu'aucune étude sérieuse n'appuyait ces propos. Il a donc été décidé de le remplacer purement et simplement par ce qu'il est désormais commun d'appeler « le référendum d'entreprise »<sup>61</sup> sans toutefois le nommer explicitement dans les textes. L'article L. 2232-21 du Code du travail fait référence à un *projet d'accord soumis à la consultation et à l'approbation du personnel*.

On se demande alors ce qu'il est du caractère dérogatoire ou substitutif de la négociation collective dans ces très petites entreprises car, on le rappelle, a un caractère substitutif ce qui peut être remplacé. Or en supprimant toute autre éventualité, pour les salariés de ces entreprises, de pouvoir négocier des accords collectifs dans des conditions autrement que celles du droit dérogatoire, les rédacteurs de l'ordonnance ont fermé la porte à la faculté de bénéficier d'une représentation substitutive, qu'elle soit syndicale ou élective. Le Code du Travail enfermant dans des seuils d'effectifs supérieur à 11 salariés la mise en place du CSE. Faut-il voir dans cette participation directe des salariés une atteinte réelle au principe de participation prescrit par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 en raison de l'inexistence d'une participation *par l'intermédiaire de [ses] délégués* ?

Interrogé sur ce point à l'occasion de sa décision du 21 mars 2018<sup>62</sup>, le Conseil constitutionnel répond par la négative et adopte une justification pour le moins surprenante. La faculté laissée à l'employeur, de proposer dans les entreprises d'au plus 20 salariés des projets d'accords visant à revêtir la qualité d'accord collectifs, est le moyen qu'aurait trouvé le législateur, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 34 de la constitution de 1958, de « *développer les accords collectifs* » dans ces entreprises *où l'absence fréquente de représentants* constitue un frein à la conclusion d'accord. En second lieu, le mécanisme du projet d'accord soumis à consultation du personnel n'est prévu « *que si l'entreprise est dépourvue de délégué syndical et, dans les entreprises de onze à vingt salariés, en l'absence, en outre, de membre élu de la délégation du personnel du CSE* ». Autrement dit, il faudrait voir le caractère subsidiaire de ce dispositif en ce que les entreprises conservent la possibilité de désigner un délégué syndical ou de mettre en place le comité.

---

<sup>61</sup> B. Gauriau, *Le référendum, un préalable nécessaire ?* Dr Soc 1998 p.338

<sup>62</sup> C. constit 21 mars 2018 n°2018-761 DC

Au regard de ces éléments, le véritable objectif des rédacteurs des ordonnances n'est donc pas de renforcer simplement la négociation collective considérée selon la définition établie en amont<sup>63</sup>, mais bien, comme une partie de la doctrine le soutient<sup>64</sup>, de faciliter la conclusion d'accords dérogatoires dans ces entreprises. Nous développerons ce point ultérieurement.

L'on peut considérer que cet objectif conserve une relative cohérence en ce qu'il s'inscrit dans la continuité des réformes opérées depuis maintenant quelques années. D'un autre côté, la décision est difficile à accepter tant elle s'analyse plus comme une légitimation des choix des pouvoirs publics qu'en une véritable justification juridique. Ce dernier ne pouvant ignorer les difficultés qu'éprouvent les petites entreprises à désigner un délégué syndical sans en tirer les conséquences appropriées.

En effet, le Conseil constitutionnel simplifie exagérément la tâche qui ne lui incombe en ne distinguant pas entre promotion de la négociation collective et promotion du droit des syndicats à représenter les salariés et à négocier. Car si les TPE de moins de 11 salariés et celles d'au moins 11 salariés sans CSE, disposent de mécanismes pour produire et conclure des accords collectifs d'entreprise, il en est tout à fait différemment concernant leur représentation, syndicale ou élective. Une auteure finit de souligner que la mise en place du référendum dans les TPE, « *consomme également la rupture de ce que l'on peine à désigner sous le terme d'« accord », non seulement avec le syndicat, mais avec toute idée de représentation*<sup>65</sup> ». On se demande alors ce qu'il en est de la « représentation universelle » mise en place par la loi du 17 août 2015 ?

### ***Paragraphe 2 - La mise en place d'une représentation universelle des salariés***

Conscient que le principe de participation à la détermination des conditions de travail se trouve fortement atteint dans les très petites entreprises en raison de l'absence d'intermédiation de la part des délégués, la loi du 17 août 2015<sup>66</sup> a institué ou plutôt renforcé un mécanisme « original » de représentation des salariés hors des murs de l'entreprise au moyen des commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI ci-après). Censées pallier l'absence de représentation du

---

<sup>63</sup> Cf. Introduction

<sup>64</sup> F. Canut préc.

<sup>65</sup> I. Meyrat *Liberté syndicale, liberté fondamentale*, Dr soc. 2020, p 107

<sup>66</sup> Loi dite Rebsamen du 17 août 2015 2015-994 relative au dialogue social et à l'emploi.

personnel dans ces entreprises, leur rôle plus spécifique de représentation dans la négociation collective s'avère en réalité assez inefficace et démontre, une fois de plus, le recul de la participation des syndicats dans ce processus.

Ce dispositif n'est en réalité pas vraiment nouveau car il s'inspire grandement des commissions paritaires régionales interprofessionnelles dans le secteur de l'artisanat (CPRIA) mises en place par l'accord du 12 décembre 2001 et consacrées au niveau légal par la loi du 15 octobre 2010<sup>67</sup> figurant désormais à l'article L2234-1 du Code du Travail.

En 2015, la loi Rebsamen a eu pour « simple » objectif de permettre la « *représentation universelle des salariés des très petites entreprises* »<sup>68</sup> en insérant, les CPRI « légales » dans le Code du Travail à l'article L.23-111-1. Les commissions paritaires issues de cette loi ne sont que le dispositif subsidiaire des CPRI conventionnelles. À défaut d'une négociation sur les commissions régionales, les branches qui ne disposent de leurs propres commissions paritaires devront les instaurer conformément à l'article L23-111-1 du Code du Travail.

Les CPRI sont composés de vingt membres. En raison de leur caractère paritaire, dix sont attribués aux organisations syndicales de salariés et les dix autres aux organisations syndicales d'employeur<sup>69</sup>. Puisqu'il s'agit d'un « scrutin sur sigle » qui vise à mesurer la représentativité des syndicats au niveau interprofessionnel, la répartition des sièges se fait en fonction de l'audience que les organisations ont obtenu et non les candidats en tant que personne<sup>70</sup>.

Ils bénéficient donc de la légitimité électorale au même titre que les représentants des salariés des entreprises disposant de véritables institutions de représentation du personnel. Il est vrai que s'ils ne peuvent pas être mis en place dans l'entreprise « *à quoi bon mesurer l'audience des syndicats là où ils ne sont pas présents ?* »<sup>71</sup>.

Telle est donc la réponse trouvée par les pouvoirs publics à la problématique de représentation dans les entreprises de moins de 11 salariés pour « redonner des couleurs » au principe de participation

---

<sup>67</sup> Loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008

<sup>68</sup> Chapitre I loi préc.

<sup>69</sup> G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes *Précis de droit du travail 2021*, Ed n°34 Dalloz

<sup>70</sup> F. Petit *Les scrutins sur sigles dans les très petites entreprises* ; Dr Soc. 2012 ; p. 48

<sup>71</sup> Ibid

à l'égard de ces travailleurs.

Toutefois, on peut trouver de nombreux défauts à ce système qui sont, par ailleurs les mêmes que ceux invoqués à l'encontre des salariés mandatés. Les commissions paritaires sont certes un moyen non négligeable pour permettre aux salariés des TPE de bénéficier d'un interlocuteur syndical lorsqu'une question nécessite une réponse. Mais cette représentation est toujours moins effective qu'une représentation directement présente dans l'entreprise, au plus près des besoins et des problèmes de la collectivité de travailleurs.

S'il était excessif de ne pas reconnaître que ce système constitue un progrès qui affirme le rôle de « prestataire de service » de la branche, il doit être vu, à notre sens, comme un mode alternatif, et non exclusif, de représentation des salariés. Pour cela, il aurait fallu qu'elles soient mises en place à défaut de salariés mandatés dans l'entreprise, si cette possibilité n'avait pas été supprimée. En effet, au regard de leurs attributions – différentes selon qu'elles résultent d'un accord ou de la loi – il serait naïf de considérer les commissions paritaires comme de véritables institutions représentatives du personnel<sup>72</sup>, celles-ci ayant été qualifiées de représentants fantomatiques aux attributions lilliputiennes<sup>73</sup>.

Bien que le droit à la participation *postule certes un dialogue entre les « délégués » et les employeurs*, il n'implique pas nécessairement une consécration au niveau de l'entreprise<sup>74</sup>. Ceci dit, peut-on véritablement attendre du système de représentation par le biais CPRI qu'il puisse avoir un rôle en matière de négociation ?

Les commissions paritaires créées par la loi ou les conventions collectives ne sont destinées qu'à favoriser le dialogue social, aucunement à prendre part à la négociation collective lorsque celle-ci s'exerce dans le cadre d'une démocratie directe. À tout le moins, elles peuvent intervenir dans un but de conciliation des conflits collectifs ou individuel. Le rôle de ces commissions a été encore plus réduit par la suppression, par la loi du 8 août 2016, de leur concours dans la validation des accords conclus par un salarié mandaté. La loi El Khomri a réduit l'obligation d'avis à une simple transmission pour information, finalement supprimée par l'ordonnance de 2017.

---

<sup>72</sup> G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes *Précis de droit du travail 2021*, Ed n°34 Dalloz

<sup>73</sup> S. Nadal, *La représentation universelle des salariés des très petites entreprises : derrière l'ambition annoncée, le minimalisme d'une réforme*, RDT 2015, p.622

<sup>74</sup> S. Beroud, M-L. Morin ; *Quel droit à la participation après la mise en place de la représentation universelle ?* RDT 2015 p. 584



Cela confirme le fait qu'il faille voir les CPRI comme des institutions *ad hoc*. Ainsi, pour reprendre les mots du Professeur Morin : « *les normes étatiques ne garantissent qu'un droit à la représentation du personnel, le droit de la représentation du personnel* »<sup>75</sup>. Par ces dispositions, le législateur consacre la réalité des droits en réalisant la créance qui leur incombe. Toutefois, et cela se vérifie par la création des commissions paritaires, l'efficacité de ces droits est assurée par les normes professionnelles dont le contenu est laissé à la détermination des négociateurs. Ne serait-il pas préférable d'envisager d'autres solutions permettant une meilleure efficacité du principe de participation par l'intermédiaire des délégués ?

Plutôt que d'universalité, on préférera donc parler d'universalisation de la représentation du personnel. En effet, bien que l'universalité de la représentation paraisse atteinte, elle est loin d'être complète. Dans les plus petites entreprises, les salariés demeurent exclus de toute représentation ce qui les empêchent d'avoir une véritable proximité avec leur représentants, raison pour laquelle il n'est pas inopportun de se pencher sur de nouvelles solutions afin de faire entre les représentants du personnel dans les TPE. Sans représentation effective dans l'entreprise dépourvue de délégué syndical, cela préfigure une place particulièrement réduite au dialogue social.

## ***Chapitre 2 - La place réduite de la négociation préconventionnelle<sup>76</sup> dans les petites entreprises***

De la même manière que le droit à la représentation, le droit à la négociation collective, que l'on peut davantage rapprocher du principe de participation issu de l'alinéa 6 de la Constitution du 27 octobre 1947, est théoriquement un droit reconnu aux salariés. Comme indiqué précédemment, il s'agit d'un droit-créance qui implique le support des pouvoirs publics pour qu'il puisse devenir effectif. Dit autrement, la réalisation de sa créance lui permettra de sortir de son caractère virtuel.

L'objectif des différentes lois intervenues en matière de négociation collective tend à la recherche d'une efficacité du dialogue social par la simplification et l'épuration des procédures.

Pour le professeur Géa, la réforme issue des ordonnances de 2017 ont placé la négociation collective

---

<sup>75</sup> J. Morin, *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Le Droit Ouvrier 2018, n°840

<sup>76</sup> G. Auzero *L'exigence de loyauté en matière de négociation collective*, Mélanges offerts à G. Pignarre, LGDJ 2018, p.

sous la bannière du dialogue social. Il faut donc comprendre que la simplification de ce processus devrait participer à la recherche d'une certaine qualité du dialogue social. Cet objectif est-il rempli ?

Pour répondre à cette question il est nécessaire d'analyser les différentes phases que comprend le processus de négociation visant à conclure un accord. Pour que la négociation se place dans une dynamique qualitative, il importe dans un premier temps que les acteurs du dialogue social aient accès à une négociation équilibrée (**Section 1**) et puisse ensuite participer activement à la négociation engagée (**Section 2**)

## **Section 1 - L'accès à une négociation collective équilibrée**

Une lecture croisée des alinéas 6 et 8 du préambule la constitution du 27 octobre 1946 nous permet de comprendre que la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail consiste, entre autres, à exprimer et défendre leurs intérêts par l'intermédiaire de leurs délégués lorsqu'ils existent dans l'entreprise.

Ainsi, l'une des composantes de l'effectivité d'une négociation collective équilibrée serait l'expression réciproque des intérêts en présence (**Paragraphe 1**) pour ensuite qu'il soit négocié collectivement sur leurs conditions de travail, d'emploi. D'autre part, il importe que la négociation soit placée sous le signe de la bonne foi. Cela se traduit concrètement par l'obligation de transmettre loyalement les informations nécessaires à la prise de décisions (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1 - L'expression réciproque des intérêts en présence***

Une négociation équilibrée suppose que, d'un côté comme de l'autre, chacun puisse faire valoir ses arguments. Il est donc nécessaire que les intérêts de chacun soient pris en considération. Les syndicats ont, selon le Conseil constitutionnel, cette « *une vocation naturelle* » à assurer ce rôle de défense et expression des intérêts côté salariés.

Mais du fait du recul de l'acteur syndical, les intérêts des salariés peinent à se constituer en un véritable intérêt collectif (**A**). En outre, lorsque l'entreprise est dotée d'acteurs élus de la négociation,

la place accordée à la concertation de ces derniers par l'employeur qui fait l'objet de discussions (B).

## **A - La difficile structuration de l'intérêt collectif de la profession dans les petites entreprises.**

Comme le souligne le professeur Ferkane la "vocation naturelle" des syndicats est historique. Elle prend ses racines dans les lois ouvrières du début du XXème siècle, notamment celle du 12 mars 1920 qui étend la capacité civile du syndicat et lui permet d'assurer la représentation et la défense de l'intérêt de la profession<sup>77</sup>. Cela confère à ces interlocuteurs indépendants, organisés et dotés d'une expertise solide, un savoir et des moyens propres à défendre les intérêts des salariés. Ces caractéristiques ont permis aux syndicats représentatifs de s'imposer « *par la force des choses, comme les agents privilégiés de la négociation collective* »<sup>78</sup>. Qu'ils soient issus de l'élection ou du mandatement, ces acteurs de la négociation sont les plus à même de structurer la collectivité de travail derrière un seul et même intérêt, celui de la profession<sup>79</sup>.

Or, dans les petites entreprises il semble que les mécanismes dérogatoires ou substitutifs de la représentation ne permettent pas une prise en compte suffisante de ces intérêts. En effet, nous l'avons vu<sup>80</sup>, les règles relatives à la représentation salariés ne laissent qu'une place très réduite aux organisations syndicales dans l'entreprise, quand elle n'est pas purement et simplement supprimée pour être remplacée par la technique du référendum.

Concernant les PME d'au moins 20 salariés, le salarié mandaté par une organisation syndicale représentative à un niveau supérieur à celui de l'entreprise semble être le mieux placé pour exprimer l'intérêt collectif de la profession. Le mandat dont il est investi lui conférant cette vocation naturelle à défendre l'intérêt collectif. Or on connaît désormais la place qui lui est réservée dans ce processus, comparativement à celle du représentant élu titulaire à la délégation du CSE qui sera préféré par l'employeur pour négocier. Bien qu'il ne soit pas investi du mandat des organisations syndicales de branche et de leur *vocation naturelle*, il dispose peut-être d'une plus grande proximité avec la collectivité de travail<sup>81</sup> et des compétences semblables à celle du salarié mandaté pour porter

---

<sup>77</sup> P-Y. Verkindt préc.

<sup>78</sup> Y. Ferkane, *Syndicats et négociation collective*, Dr Soc 2020, p. 119.

<sup>79</sup> A. Fabre, *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Dr Ouvrier 2018, n°840

<sup>80</sup> Cf. Partie 1 Chapitre 1, section 1.

<sup>81</sup> I. Meyrat *Liberté syndicale, liberté fondamentale*, Dr soc. 2020, p 107

l'intérêt de la collectivité de travail mais cette compétence ne dure que le temps de son mandat électif.

En revanche, l'institution représentative élue ne dispose pas d'une personnalité morale propre. Ne peut-on pas alors douter de la possibilité qu'il se rapproche progressivement de l'employeur ? Cela lui faisant oublier la mission qui lui incombe et ainsi être « badgé » de l'appellation « chambre de décision de l'employeur » telle qu'attribuée par certains auteurs ?

L'expression des intérêts de la collectivité des salariés dans les entreprises de moins de 11 salariés ou dans celles de moins de 20 dépourvues de CSE est encore moins aisée. La collectivité de travailleurs ne dispose d'aucune instance de représentation dans l'entreprise. Comment dès lors, rendre présente la collectivité de salariés alors que le droit ne la considère aucunement comme une personnalité juridique et ne lui donne nullement les moyens de s'exprimer par l'intermédiaire de ses délégués ?

En effet, si l'absence de représentation ne permet pas à la collectivité de disposer d'un acteur titulaire d'une personnalité juridique pour faire entendre sa voix et porter ses intérêts, elle empêche toute construction d'une véritable communauté de travail. A ce titre, la collectivité de travail, ensemble d'individus organisé et caractérisés par un intérêt commun, se distingue de la communauté de travail par la « *convergence majoritaire dans la diversité d'intérêts* ».

C'est l'une des conséquences dommageables de la démocratie directe qui existe dans les TPE. Lorsque l'adoption des accords relèvent de la procédure de consultation par référendum, rien n'oblige le salarié à prendre en compte les aspirations de la collectivité de travail, il ne votera qu'en suivant son intérêt personnel. Le produit de l'accord ne sera donc que la somme des intérêts individuels exprimés lors du vote. Par ailleurs, la Cour de cassation a reconnu que la communauté des intérêts des salariés ne se confondait pas avec l'intérêt collectif de la profession défendu et représenté par les syndicats<sup>82</sup>. Dans ces entreprises, le principe de participation manque d'une véritable consistance.

On pourrait objecter à cela que les commissions paritaires de branches peuvent prendre en compte

---

<sup>82</sup> Cass. Soc 22 janv. 2014, n° 12-27.478

cet intérêt en raison de la représentativité dont elles bénéficient par le truchement du mécanisme électoral.

Toutefois, cette prise en compte se retrouve fortement limitée. D'abord la distinction qui existe entre les compétences dévolues aux CPRI légales et conventionnelles constitue une première limite importante. Si chacune peut se rendre au plus près de la collectivité de travail sous réserve d'une autorisation de l'employeur, seules les premières peuvent négocier sur des sujets d'intérêt local et des questions qui intéressent l'emploi et la formation. Également compétentes pour défendre l'emploi, les CPRI conventionnelles sont donc les plus à même de porter l'intérêt collectif de la profession face à celui de l'entreprise, ce qui n'est pas le cas des CPRI légales.

Ces faiblesses valent aux commissions paritaires mises en place par la loi Rebsamen, le qualificatif de « représentants inoffensifs »<sup>83</sup>. Cela peut être compréhensible vu leurs attributions qui se résument principalement au renseignement et au conseil des salariés et de l'employeur<sup>84</sup>. Les représentants des salariés qui siègent dans ces commissions ne bénéficient d'aucune autonomie collective pour ce qui est d'une quelconque négociation.

A en croire la volonté de la CGPME de privilégier un dialogue direct avec les salariés<sup>85</sup>, les CPRI peuvent constituer un moyen intéressant pour les salariés de connaître les dispositions légales et conventionnelles qui leur sont applicables pour pouvoir ensuite s'exprimer directement avec leur employeur sur ces sujets. Si tant est qu'un tel dialogue puisse véritablement exister. L'on doute cependant que les employeurs fassent un quelconque usage de ces commissions surtout quand on sait l'opposition qu'elles ont connue de la part de la CGPME.

Partant, le recul de la capacité des syndicats à appréhender l'intérêt collectif des salariés des petites entreprises présente un risque majeur, celui d'un dialogue social non apaisé. En effet, soustraire à l'acteur syndical, son rôle historique vis-à-vis de la collectivité risque de porter atteinte à l'objectif de paix sociale et de sérénité du dialogue social<sup>86</sup>. Comme l'affirme le professeur Sciberras, retirer aux salariés la possibilité d'être entendus peut mener ces derniers à utiliser d'autres canaux

---

<sup>83</sup> P. Rennes, *Dialogue social : les moyens et la fin (à propos du projet de loi dit « relatif au dialogue social et à l'emploi »* ; Droit Ouvrier 2015 n°803.

<sup>84</sup> L. 23-113-1 du Code du Travail

<sup>85</sup> F. Petit, *Vers une représentation universelle des salariés*, Dr Soc 2015, p. 873

<sup>86</sup> P. Adam, *La ruée vers l'or(dre néolibéral) Sur un western juridique moderne...*, Le Droit Ouvrier 2018, n°836

d'expression moins pacifiques tels que la grève<sup>87</sup> .

La présence de l'acteur syndical dans la très petite entreprise n'est pas suffisante pour véritablement structurer la collectivité de travail derrière un intérêt commun. Ce qui pourrait la faire passer pour une véritable communauté de travail. L'expression d'une pluralité d'intérêts individuel face à l'intérêt de l'entreprise matérialisé par la figure unique de l'employeur vient créer une dissension entre les négociateurs et présente donc un risque de déséquilibre des négociations. Il convient désormais de voir ce qu'il en est de l'expression de cet intérêt à travers la concertation des représentants du personnel lors du processus décisionnel.

## **B - Une concertation des salariés à deux vitesses**

Les premiers mots de l'article L. 2312-8 du Code du Travail révèlent que le CSE a pour mission d'assurer l'expression collective des salariés de manière à permettre une prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à la situation économique et financière de l'entreprise. Si l'action du CSE, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, s'inscrit dans une conception très économique de l'entreprise, il est tout de même fait une place à l'expression des intérêts des salariés.

En outre, l'article L. 2232-29 du Code du Travail énonce que la négociation entre l'employeur et la délégation élue suppose la concertation des salariés. Conformément à la définition du professeur Verkindt, la concertation participe à réduire l'écart ou les divergences de point de vue entre les négociateurs<sup>88</sup>. Nous sommes alors en droit de penser que les institutions représentatives vont pouvoir « mobiliser les foules » afin de recueillir leur souhaits et avis relatifs au projet d'accord portant sur l'amélioration de leurs conditions de travail, d'emploi etc....

Il convient d'apporter une importante mesure. Cette disposition apparaît simplement comme le moyen pour le législateur de se conformer à la jurisprudence et aux exigences du Conseil constitutionnel en vertu de laquelle *il revient au législateur de fixer les conditions et les garanties de*

---

<sup>87</sup> J-C. Sciberras, *Comment renforcer le dialogue social en France*, Dr Soc 2019, p. 224

<sup>88</sup> P-Y Verkindt *De la consultation à la négociation : questions de procédure* ; Dr Soc. 1998 p. 321

*mise en œuvre du principe de participation*<sup>89</sup>.

En réalité, cette exigence se retrouve vidée de sa substance lorsque le législateur décide de soumettre la détermination des modalités concrètes de ce principe à la négociation collective. De ce point de vue, le principe de participation dont une phase se matérialise par la concertation entre l'employeur et les salariés ou leurs représentants demeure, en ce sens, un droit virtuel puisque son état de complétude dépend de la liberté contractuelle des parties et du contenu qui aura été négocié.

La loi du 17 août 2015 a eu pour principal objectif la simplification des modalités de mise en œuvre du principe de participation afin de poursuivre l'efficacité du dialogue social dans l'entreprise. Cela s'est traduit par un mouvement de fusion des IRP notamment grâce à l'extension de la Délégation Unique du Personnel (DUP). Ce mouvement de fusion a ensuite été exacerbé par les ordonnances de septembre 2017 lesquelles ont instauré la mise en place du CSE, fusionnant ainsi délégués du personnel, CHSCT et Comité d'entreprise.

Les conséquences de ce mouvement ont été plutôt néfastes pour le principe de participation car qui dit fusion des institutions représentatives du personnel<sup>90</sup>, dit nécessairement fusion des compétences. Cela a fait dire à la doctrine majoritaire que les représentants font désormais l'objet d'une professionnalisation ou d'une institutionnalisation<sup>91</sup>. Ils justifient cela par le fait qu'ils sont quelque peu déconnectés du travail réel et de la proximité qu'ils peuvent avoir avec leurs représentés.

Toutefois cette vague ne semble pas réellement avoir atteint les petites entreprises car si elles ont dû se conformer à l'exigence légale de mise en place du CSE, il n'est que la nouvelle appellation de ce qu'étaient, auparavant les délégués du personnel<sup>92</sup>.

Les CSE des entreprises de moins de 50 salariés sont moins concernés par cette fusion de compétence et conservent les mêmes compétences que celles qui leur étaient dévolues auparavant. Les représentants du personnel conservent donc leur proximité avec les représentés, sauf dans une

---

<sup>89</sup> Décision n° 93-328 DC du 16 décembre 1993

<sup>90</sup> Sont concernées uniquement les entreprises d'au moins 50 salariés, seuil à partir duquel devait être mis en place le CE et le CHSCT.

<sup>91</sup> G. Borenfreund *La fusion des instances représentatives du personnel* RDT 2017 ; p. 608.

<sup>92</sup> P. Adam, *Entreprises de moins de cinquante salariés, CSE d'établissement et CSE central*, Dr soc. 2020, p.956

hypothèse. Avant la réforme de 2017, il était possible pour les entreprises de moins de 50 salariés de mettre en place des comités d'entreprise dans des établissements distincts, chose qui semble désormais impossible<sup>93</sup>. Imaginons qu'une entreprise comptabilise une quarantaine de salariés est autorisée à élire 2 représentants élus<sup>94</sup>. Si elle décide de se subdiviser en un établissement de vingt salariés, elle ne sera pas autorisée à organiser l'élection d'un représentant élu au sein de l'établissement. Par conséquent, les salariés devront se référer au CSE central et ne bénéficieront d'aucune proximité directe avec leurs représentants.

Bien qu'il n'y ait pas réellement de fusion des compétences pour les « petits » CSE, on observe tout de même une certaine professionnalisation et institutionnalisation des membres élus à la délégation du CSE au regard des modalités d'exercice des mandats représentatifs.<sup>95</sup> En effet, selon l'article L. 2314-33 du Code du Travail, les élus à la délégation du CSE ne sont pas limités à l'exercice de 3 mandats successifs contrairement à la délégation élue dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Si cette disposition poursuit l'objectif de faciliter le renouvellement des mandats des membres élus, il apparaît, à notre sens que dans un contexte de « crise des vocations » dans lequel la fonction de représentant du personnel n'attire plus, il y ait un risque que les mêmes candidats se représentent et soient élus d'un mandat à l'autre. Sans plus de renouvellement des représentants, on peut remettre en cause la proximité entre les représentants et les salariés au profit d'un rapprochement avec l'employeur. De fait, la qualité de la concertation entre représentants et représentés, qui doit normalement permettre la défense ou, sinon le rappel des intérêts de la collectivité, se trouvera diminuée.

Qu'il s'agisse de la conclusion d'un contrat sous le régime du droit civil ou d'une convention collective conclue dans le domaine des relations de travail, l'information et sa délivrance par celui qui la détient est un élément indispensable au déroulement loyal des négociations.

---

<sup>93</sup> Ibid

<sup>94</sup> Article R. 2314-1 Code du Travail

<sup>95</sup> G. Borenfreund *La fusion des instances représentatives du personnel* ; RDT 2017 p. 608.



## **Paragraphe 2 - La loyauté des négociations par l'accomplissement d'un devoir d'information**

Si l'employeur d'une entreprise d'au moins 11 salariés pourvue d'une représentation du personnel est créancier d'une obligation de délivrer l'information, l'intensité de son obligation est fortement atténuée comparativement aux entreprises d'au moins 50 salariés et pourvues d'une délégation syndicale (A). Dans les entreprises de moins de 11 salariés, il n'est plus question de parler de devoir d'information, celui-ci est réduit à une simple faculté (B).

### **A - Un devoir atténué de l'employeur de délivrer l'information dans les petites entreprises**

Dans sa jurisprudence relative au principe de participation, le Conseil constitutionnel affirme que les représentants du personnel doivent bénéficier des informations nécessaires afin d'assurer l'effectivité de ce principe<sup>96</sup>. La délivrance de l'information par un négociateur, en l'occurrence l'employeur, à un autre, généralement aux représentants des salariés ou directement à ces derniers, est un « *élément clé* »<sup>97</sup> de la négociation collective. À tel point que cette information fait l'objet d'une obligation pour certains thèmes de négociation.

En effet, l'article L.2242-46 du Code du Travail oblige l'employeur à communiquer aux représentants de salariés les « *informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause* ». Cet article est le garant d'un accès à une information de qualité en plaçant cette obligation de délivrer l'information sous le giron de la loyauté. S'inscrivant dans le prolongement du concept civiliste de l'obligation de bonne foi qui préside dans la formation et l'exécution des conventions, la loyauté dans le processus de négociation collective poursuit notamment l'objectif de rendre effectif la participation des salariés à la négociation d'entreprise. Le principe de loyauté est le garant d'une négociation « authentique » car il permet de s'assurer qu'un équilibre des pouvoirs subsiste entre les négociateurs employeurs et salariés<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> C. constit 16 décembre 1993 n°93-328 D.C consid. 10

<sup>97</sup> G. Auzero *L'exigence de loyauté en matière de négociation collective*, Mélanges offerts à G. Pignarre, LGDJ 2018, p. 33

<sup>98</sup> M. Miné, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail & Emploi n°84, Octobre 2000

Oui mais voilà. L'article précité s'inscrit dans un paragraphe afférent à la négociation obligatoire dans l'entreprise. Or son application ne concerne que les entités dans lesquelles sont établies une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Il est donc réservé aux entreprises de plus de 50 salariés. Pour le dire autrement, le Code du Travail rend facultatif cette obligation d'information pour les petites entités. L'on se demande alors si celles-ci demeurent complètement en marge de cette protection de l'information, de son accès et d'un contenu qualitatif ?

Assurément non, l'information et la consultation étant toutes deux protégées par le droit international et européen, telle que l'article 27 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne ou encore les articles 1-2° et 4 de la directive communautaire 2002/14/CE du 11 mars 2002 portant sur le cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs<sup>99</sup>. Mais ces derniers ne bénéficient pas d'une applicabilité directe dans l'ordre juridique national. Leur protection formelle ne leur confère donc qu'une utilité limitée.

Si l'information est érigée en véritable contrainte dans le cadre de la négociation obligatoire dans les grandes entreprises, la teneur du devoir d'information est plus relative dans les petites entreprises<sup>100</sup>. Il ressort implicitement de l'article L. 2232-29, pourtant garant d'une certaine loyauté dans les négociations collectives de ces entreprises<sup>101</sup>, que « *les informations à remettre aux membres de la délégation du CSE (...) sont déterminées par accord entre ceux-ci et l'employeur* ». Une nouvelle fois, l'effectivité de l'accès à l'information est variable car conditionné par la tenue de négociations en la matière et est donc soumis à un nouveau rapport de force entre les représentants de la collectivité de travail et l'employeur.

L'accès à l'information des représentants du personnel, membre du CSE, est également assurée par la mise à disposition par l'employeur d'informations contenues dans la Base de Données Économiques et Sociales (BDES ci-après)<sup>102</sup>. Introduite par la loi du 14 juin 2013<sup>103</sup>, la loi du 17 août 2015<sup>104</sup> en a fait le support de l'information nécessaire aux consultations récurrentes aux représentants du personnel. Encore une fois, l'utilisation qui est faite de la BDES ne reflète pas

---

<sup>99</sup> J. Krivine, « *Les Dalton dans le blizzard* » - *Des instances élues entravées ?* Droit Ouvrier 2018, n°836.

<sup>100</sup> Ibid

<sup>101</sup> F. Favennec-Hery *Le pragmatisme des ordonnances Macron*. Dr Ouvrier 2019

<sup>102</sup> L. 2312-18 Code du travail

<sup>103</sup> Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi

<sup>104</sup> Loi dite *Rebsamen*, n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

l'ambition voulue par les textes car si la BDES peut apparaître comme un outil utile pour garantir un accès suffisant à l'information, nécessaire pour une négociation de qualité, il en est autrement quant à la qualité et au contenu de l'information accessible.

Car au-delà de cette obligation, l'ensemble des modalités relatives à la BDES peuvent être déterminées au moyen d'un accord collectif<sup>105</sup>. Le contenu de l'information transmise obéit une nouvelle fois à la loi contractuelle des parties, en l'occurrence elle obéira davantage à celle de la partie forte, ici l'employeur. La maîtrise par ce dernier de cet « outil conventionnel »<sup>106</sup> risque d'abord de restreindre la loyauté des négociations et ensuite de renforcer le déséquilibre existant dans ce processus.

La négociation collective apparaît donc ici comme un moyen de restreindre l'accès à l'information et vient un peu plus atténuer l'effectivité du principe de participation des délégués du personnel. D'autant plus qu'il n'existe que de maigres remparts à cette liberté contractuelle. Preuve que les représentants du personnel, et plus particulièrement le CSE, ne sont pas dans une dynamique de cogestion vis-à-vis de l'employeur.

En effet, le seul encadrement qui peut empêcher la BDES d'être qu'une « coquille vide » réside dans l'alinéa 6 de l'article L. 2312-21 qui impose que les informations, le contenu et les modalités de consultation de la BDES permettent aux membres du CSE d'exercer *utilement leurs compétences* en mettant à la charge de l'employeur une obligation d'actualisation de la BDES<sup>107</sup>.

Bien que cette exigence de *l'exercice utile* puisse être la seule exigence utile qui incombe aux employeurs afin d'assurer une certaine loyauté dans la délivrance de l'information il faut reconnaître que le caractère d'*exercice utile des compétences* reste relativement flou en pratique.

Si les représentants du personnel dans les entreprises d'au moins 11 salariés peuvent prétendre être débiteurs d'une obligation d'information, certes réduite, de la part de l'employeur, notamment à travers l'obligation d'alimenter la BDES, il ne s'agit que d'une faculté offerte aux salariés des TPE.

---

<sup>105</sup> L. 2321-21 Code du travail

<sup>106</sup> J. Morin préc.

<sup>107</sup> L. Millet, *L'accès à l'information des représentants du personnel*, Dr Ouvrier 2020 n°863

## **B - Un accès facultatif à l'information pour les salariés des TPE**

Dans les TPE, l'obligation d'information inhérente au bon déroulement des négociations est réduite à son plus simple exercice. L'article L. 2232-21 du Code du Travail impose, au titre des informations transmises à la collectivité de travail, la simple communication du projet d'accord rédigé par l'employeur laquelle fait courir le délai légal de 15 jours nécessaire à la réflexion.

Ce simple devoir de communiquer l'accord finalisé finit de montrer que dans les entreprises de moins de 11 salariés toute négociation entendue en tant que processus contradictoire entre l'employeur et ses salariés est purement facultative car, a priori, l'information préalable nécessaire à la discussion ou à la concertation est toute aussi facultative.

D'une part, relève de la seule volonté de l'employeur l'organisation de réunions pour permettre une vraie concertation et mieux informer les salariés sur les tenants et aboutissants de l'accord qu'ils ont à charge d'approuver ou de réfuter<sup>108</sup>. D'autre part, au regard des dires du ministère du travail, c'est aux salariés qu'il revient de s'informer auprès des CPRI et de l'Observatoire Départemental du Dialogue Social (ODDS)<sup>109</sup>. Conçus comme des espaces de développement du dialogue social, leur fonction consiste surtout dans l'information des salariés<sup>110</sup>. Comme en dispose l'article L. 2232-29 du Code du Travail, pourtant réservé aux entreprises de plus de 10 salariés, il ne s'agit que d'une *faculté [pour les travailleurs des TPE] de prendre attache avec les organisations syndicales de la branche* afin de bénéficier d'un contenu informatif plus important sur le projet d'accord. Il est clair que cela n'est pas sans constituer un important déséquilibre dans le déroulement du processus de négociation, ce qui peut potentiellement limiter l'effectivité du droit à la négociation collective. N'existe-t-il donc pas un moyen de renforcer l'information des travailleurs des TPE dans le processus de négociation ?

En l'absence de CSE propre à assurer l'expression collective des salariés et la prise en compte permanente de leurs intérêts et à défaut de représentation syndicale ayant la « vocation naturelle » à défendre les droits et intérêts des salariés, le Code du Travail aurait dû faire de la collectivité du personnel la créancière d'informations relatives à la gestion de l'entreprise et aux conditions de

---

<sup>108</sup> F. Canut préc.

<sup>109</sup> Min. du Travail, *Questions-Réponses sur la négociation collective en entreprise*, 2020

<sup>110</sup> A. Fabre, préc.

travail pour lui permettre de participer à une détermination véritablement collective des conditions de travail. Rejoignant la pensée de Benjamin Dabosville qui conditionne doublement la délivrance d'une information directement aux salariés en tant que dispositif subsidiaire, ceux-ci seraient en droit d'exiger de l'employeur qu'il communique davantage sur le fonctionnement de l'entreprise. À cette première condition d'absence de représentation s'ajoute celle selon laquelle un texte prévoit « *spécifiquement une information des salariés* »<sup>111</sup>. En l'occurrence, cette information spécifique des salariés peut se trouver ici par la communication du projet d'accord par l'employeur.

Ce devoir renforcé d'information peut donc se rattacher à l'exigence de loyauté dans le processus de négociations. En effet, est considéré comme déloyal, le refus pour l'employeur de communiquer les informations nécessaires à une bonne connaissance de la situation sociale et économique de l'entreprise<sup>112</sup>.

*Le problème, c'est qu'il est difficile de rattacher l'obligation de loyauté à la négociation, vu que la négociation n'existe pas. La question est donc : quelle forme peut prendre cette exigence de loyauté ?*<sup>113</sup>

En réponse à la question du Professeur Patrice Adam selon laquelle la loyauté fait cruellement défaut dans le processus de « négociations collective » de ces entreprises, on pourrait formuler que le renforcement du devoir d'information de l'employeur trouverait directement sa source dans l'exigence plus générale de loyauté des négociations imposée dans le Code civil.

L'article 1112-1 dudit code, que l'on pourrait « *utilement invoquer dans le champ de la négociation collective* »<sup>114</sup>, impose à la partie qui connaît une information déterminante pour le consentement de l'autre, d'en informer l'autre si celle-ci l'ignore ou fait confiance à son cocontractant.

Autrement dit, il faudrait considérer l'employeur comme le débiteur d'une obligation d'information en faveur de la collectivité de salariés. Bien que cela puisse apparaître comme une solution

---

<sup>111</sup> B. Dabosville, *L'information du salarié, contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz Thème & commentaire n°123 2013.

<sup>112</sup> M. Miné, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail & Emploi n°84, oct 2000

<sup>113</sup> F. Géa, *Retour sur les ordonnances Macron*, Dalloz, Thème et commentaire p. 139

<sup>114</sup> G. Auzero *L'exigence de loyauté en matière de négociation collective*, Mélanges offerts à G. Pignarre, LGDJ 2018, p.

satisfaisante pour donner corps au principe de participation dans les TPE, cette solution présente un hic majeur. La collectivité n'est pas réellement partie à la conclusion du projet d'accord. L'article 1112-1 du code civil s'applique aux personnes qui bénéficient de la personnalité juridique, qualité propre pour être signataire de contrats. Or nous le verrons par la suite, à défaut de représentant, les salariés ne peuvent pas être considérés comme un groupement doté de la personnalité juridique et ne sont donc pas habilités à négocier.

En pratique, l'organisation par l'employeur, de réunions supplémentaires d'informations à destination des salariés reste la solution la plus cohérente au regard du droit. En raison du déficit d'informations dont fait l'objet la collectivité de salariés, certains auteurs plaident d'ailleurs en faveur d'une obligation pour l'employeur d'organiser deux réunions avant le vote par référendum<sup>115</sup>. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec cette recommandation. Cette modalité de négociation peut d'ailleurs être insérée dans un accord de méthode dont on sait qu'il permet à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle<sup>116</sup>.

Si l'on doute toutefois de cet engagement de la part des entreprises de moins de 11 salariés<sup>117</sup>, le droit négocié et l'accord de méthode constituent une véritable ressource pour renforcer l'équilibre lors des négociations dans les entreprises de plus de 10 salariés. Il reste aux professionnels du droit et notamment à la profession d'avocat de se saisir de cette faculté pour améliorer la qualité des débats et, à fortiori celle des accords conclus<sup>118</sup>.

Dans les petites entreprises, l'on peut difficilement dire que les salariés ou leurs représentants ont accès à une négociation préconventionnelle équilibrée, ni vraiment placée sous le signe de la loyauté. Il convient désormais de voir si les acteurs de la négociation ont les moyens de participer activement à la négociation collective.

---

<sup>115</sup> P. Lokiec, *Démocratie représentative et démocratie directe*, Dr soc 2019, p.201

<sup>116</sup> L. 2222-3-1 Code du Travail

<sup>117</sup> Retour sur les ordonnances Macron préc., p. 139 Patrice Adam.

<sup>118</sup> P-H Antonmattei, *La dynamique de la négociation collective d'entreprise*, Mélanges en l'honneur de Michel Morand, 2016

## **Section 2 - La participation active à la négociation collective**

Pour que la négociation collective se place véritablement sous la bannière du dialogue social<sup>119</sup>, aussi bien dans les petites entreprises que dans les grandes, il est nécessaire que les acteurs de la négociation, quels qu'ils soient, puissent activement prendre part à l'élaboration des normes, préalablement à leur conclusion. Avant que les acteurs de la négociation ne soient consultés relativement au projet d'accord (**Paragraphe 2**), il est utile qu'ils soient dotés de véritables compétences à négocier (**Paragraphe 1**).

### ***Paragraphe 1 - La compétence des acteurs à négocier***

Par sa décision du 21 mars 2018<sup>120</sup>, le Conseil constitutionnel poursuit sa jurisprudence sur l'appréciation concrète du principe de participation et énonce que le respect du huitième alinéa du préambule de la constitution de 1946 implique que les représentants aient les moyens nécessaires à l'exercice de leur mission. Il importe que ces derniers développent leurs compétences. Si des moyens adaptés sont accordés pour faciliter la compréhension de l'information par les acteurs de la négociation des petites entreprises (**B**), l'absence de personnalité juridique du CSE constitue une limite de taille au développement de cette aptitude (**A**).

#### **A - L'absence de personnalité juridique comme limite au développement de la compétence du CSE**

L'évocation par le Conseil Constitutionnel des moyens nécessaires, propres à assurer l'effectivité du principe de participation nous fait immédiatement penser à l'attribution d'un patrimoine et de patrimoines afin de financer les actions de ces moyens. Mais qui dit patrimoine, dit généralement personnalité juridique. Le doute plane alors quant à l'attribution de la personnalité juridique du CSE, condition nécessaire à l'attribution d'un patrimoine. Si l'article L. 2315-23 du Code du Travail réserve au CSE des entreprises d'au moins 50 salariés la personnalité juridique et l'autorise à gérer son patrimoine, les articles L. 2315-19 et suivant du Code du Travail demeurent muets sur la situation

---

<sup>119</sup> F. Géa, *Un renouveau de la négociation collective*, Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz, Thèmes & Commentaires

<sup>120</sup> C. Constit du 16 décembre 1993 n° 2018-761-328 DC

juridique du CSE dans l'entreprise de moins de 50 salariés. Cela ne fait qu'alimenter les incertitudes. Le doute est d'autant plus permis que le TGI de Paris a admis, dans un jugement en date du 27 juin 2018<sup>121</sup>, la personnalité juridique du "petit" CSE.

Cette décision ainsi que l'ensemble des auteurs qui se sont penchés sur le sujet ont reconnu qu'il fallait entendre dans le silence des textes, *"le refus d'accorder et d'aménager la personnalité morale du CSE dans les entreprises de 11 à 49 salariés"*<sup>122</sup>, bien que l'on se serait certainement prêté à croire à *"une erreur du plume du législateur"*<sup>123</sup>.

En revanche le cœur du débat se situe sur la réalité de la personnalité juridique. La Cour de cassation, à l'issue de l'arrêt *Comité d'établissement Saint Chamond*<sup>124</sup> de 1954 a considéré *"que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites"*.

Au regard de « la théorie de la réalité des personnes morales » que cet arrêt institue, deux conditions doivent être réunies afin d'induire la personnalité morale d'un groupement. Cela implique d'une part un intérêt collectif distinct de ses membres, et d'autre part, une organisation collective en vue de l'expression de ce groupement<sup>125</sup>. Pour l'appréciation de la première condition, la jurisprudence de la Cour de cassation invite à se référer à la notion de but ou de finalité objective<sup>126</sup>. Pour certains, le "petit" CSE pourrait être personnifié du fait de la faculté qui lui a été accordé de rendre un avis d'une seule et même voix même en présence de <sup>127</sup>deux membres élus<sup>128</sup> en cas de projet de licenciement pour motif économique. Pour d'autres il faut voir ce mode d'expression collective *"à la lumière de l'article L. 2315-19 du Code du travail en ce qu'il cherche à requérir l'avis de chaque membre élu pris individuellement"*.

---

<sup>121</sup> TGI Paris, ord. réf., 27 juin 2018, n° 18/55139

<sup>122</sup> G. Loiseau, *La personnalité juridique du comité social et économique des entreprises de moins de cinquante salariés*, BJT janv. 2019, n° 110y3, p. 23

<sup>123</sup> G. Auzero, *Controverse : Faut-il reconnaître la personnalité juridique du "petit" comité économique et social?*, RDT 2021, p.289

<sup>124</sup> Cass. Civ 2, 28 janvier 1954 dit « Comité d'établissement de Saint Chamond »

<sup>125</sup> N. Anciaux, *La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés - Plaidoyer en faveur d'une personnalisation personnalisée*, JCP E 2020, 1072

<sup>126</sup> Ibid

<sup>127</sup> Article L.1233-28 Code du Travail

<sup>128</sup> Dans une entreprise dans laquelle l'effectif est compris entre 20 et 49 salariés.



Quant à l'appréciation de la seconde condition, l'organisation collective d'une expression du groupement, la Cour de cassation ayant admis la personnalité d'un groupement même sans ce critère. Il ne s'agit que d'un élément de réalisation de la personne morale qui consiste en la nomination d'un représentant afin que s'exprime une seule volonté<sup>129</sup>. Cela dit, l'on ne voit pas ce qui empêche le petit CSE de revendiquer l'organisation de son expression dès qu'il existe un membre élu titulaire à la délégation du CSE qui représente alors cet organe ?

Par conséquent, l'on doute de savoir si l'attribution de la personnalité morale au CSE se révélerait vraiment d'une grande utilité. Pour certains auteurs, le CSE n'est que la transposition contemporaine des délégués du personnel. Partant, ils ne voient nullement l'intérêt de lui conférer la personnalité juridique. Malgré ces avis, il est clair qu'une telle attribution aurait d'importantes retombées positives vis-à-vis de la négociation collective. La conséquence la plus intéressante consiste dans la jouissance d'un patrimoine propre et distinct de celui de l'entreprise.

En outre, l'article L. 2315-18 du Code du travail, relatif aux dispositions communes des CSE des petites et des grandes entreprises, oblige les membres élus à la délégation à bénéficier uniquement de la formation en santé, sécurité et conditions de travail. Or dans les "grandes" entreprises, le patrimoine propre du CSE permet de financer à ses membres des temps de formation économique. Cela s'avère particulièrement utile pour assimiler et comprendre les informations transmises dans la BDES. Les petits CSE devront, quant à eux se soumettre au bon vouloir de l'employeur pour espérer développer des compétences économiques qui se révèlent aujourd'hui nécessaires au regard des enjeux de la négociation collective (moins une négociation d'avantages sociaux que de compromis économique avec l'emploi en premier plan).

Au-delà de cela, le CSE des petites entreprises demeure "une chambre d'enregistrement des décisions de l'employeur"<sup>130</sup>. Si l'on y ajoute l'impossibilité légale, bien que débattue dans la littérature, d'instituer un Conseil d'entreprise dans les entités à l'effectif inférieur à 50 salariés<sup>131</sup>, rien ne permet au CSE de se placer en tant qu'organe de codécision sans être, comme cela est le cas en Allemagne, un organe de cogestion. Toutefois, cette capacité de codécision aurait été bienvenue

---

<sup>129</sup> N. Anciaux préc.

<sup>130</sup> C. Baumgarten, G. Étievant, A. Ghénim, L. Milet et F. Signoretto, *Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises*, Le droit ouvrier 2017; n°830

<sup>131</sup> G. Auzero, *Les transformations du Comité Social et Economique*, JCP S 2008, 1227

dans ces entreprises où la plupart des projets d'accords d'entreprise seront pris par l'employeur seul, qui pourra alors difficilement se reposer sur un autre organe en cas de difficulté à comprendre la technicité des enjeux économiques et juridiques. A moins qu'il n'autorise la formation économique des membres élus.

### **B - La compréhension facilitée de l'information**

Dans les grandes entreprises les élus à la délégation du CSE bénéficient de davantage de moyens pour développer leurs compétences. Selon le discours du ministre du travail, des efforts d'adaptabilité du droit ont été fait afin d'atteindre une plus grande efficacité du processus de négociations collective<sup>132</sup>. Pourtant, il ne nous semble pas que cette adaptabilité soit pleinement atteinte.

En effet, qu'il s'agisse des entreprises de plus de 10 ou de moins de 11 salariés, le Code du travail impose un délai de 15 jours nécessaire à la consultation et à l'information des représentants du personnel ou, à défaut, de la collectivité du personnel directement. Ce délai accordé est censé permettre l'exercice des compétences utiles des représentants du personnel. Toutefois, le droit traite de façon inéquitable les salariés de ces deux types d'entreprises. On observe que dans celles d'au moins 11 salariés pour lesquelles il existe une véritable représentation du personnel, les délégués bénéficient d'un crédit d'heures de délégations pour se renseigner, comprendre et approfondir les informations transmises par l'employeur relativement au projet d'accord notamment "en prenant attache avec les organisations syndicales de la branche"<sup>133</sup>. Ces heures considérées comme du temps de travail effectif sont alors rémunérées comme tel.

En revanche, les salariés des TPE bénéficient certes, d'un délai légal de quinze jours à compter de la remise individuelle du projet d'accord avant d'être consulté par référendum, mais le droit positif ne leur attribue aucun moyen supplémentaire pour faciliter l'accessibilité au droit conventionnel et prendre attache avec les CPRI ou les Observatoires du Dialogue Social. Voilà donc une fâcheuse conséquence de l'absence d'une véritable représentation dans les entreprises de très petite taille.

---

<sup>132</sup> Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

<sup>133</sup> L. 2232-29 Code du travail

Prendre attache avec des représentants externe à l'entreprise n'est déjà pas chose facile, mais rendre ne pas donner à la collectivité des moyens de temps propres pour les consulter ne fait qu'accentuer leur caractère fantomatique.

Peut-on valablement "participer à la détermination de ses conditions de travail" sans un minimum d'heures de délégation ? On imagine difficilement un employeur autoriser un salarié à s'absenter pendant son temps de travail, à quitter son poste sans se le voir reprocher. Le salarié qui souhaite s'impliquer dans le processus de "négociation" et comprendre davantage les implications de l'accord sur ses conditions de travail et d'emploi devra alors rechercher ces informations sur son seul temps personnel. Ne doit-on pas y voir d'une certaine manière, une confrontation entre le principe de participation et le droit à la vie privée consacrée par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen et le droit à une vie de famille consacrée par l'article 8 de la convention Européenne des droits de l'Homme ?

Pas vraiment si l'on considère la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui estime que les dispositions issues de l'ordonnance du 22 septembre 2017 ne portent pas atteinte au principe de participation de l'alinéa 8 dudit préambule. La réalité de ce principe s'en trouve, tout de même, fortement altérée. Ne serait-il pas opportun de laisser à un ou plusieurs salariés habilités par l'employeur, la possibilité de bénéficier d'un temps saisi par le droit de manière à pouvoir consulter les organes compétents et leur apporter davantage d'informations ?

À cela s'ajoute la faible chance pour les salariés de bénéficier de formations juridiques nécessaires à la compréhension des accords. La loi Travail de 2016 semblait avoir trouver la solution en établissant des formations communes à l'employeur et à ses salariés ou à leurs représentants. Toutefois, cette solution intéressante en apparence ne demeure qu'une faculté laissée à la liberté des salariés qui devront demander à l'employeur l'autorisation qu'il finance cette formation, le "petit" CSE ne disposant pas de patrimoine propre à financer ces actions. Il est peu probable qu'il accepte.

La seule adaptabilité qui mérite d'être retenue se trouve dans la création d'un "Code du travail numérique". Différent du Code du travail numérisé<sup>134</sup>, cet outil s'adresse aussi bien aux employeurs

---

<sup>134</sup> B. Bossu, *Un droit du travail adapté aux PME/TPE ?*, Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz Thèmes & commentaires, 1<sup>ère</sup>ed, 2020

qu'aux salariés. Le Code du travail numérique a la faveur de la doctrine dans une utilisation relative au licenciement mais il peut s'avérer tout aussi utile dans un contexte de négociation collective. Le recours aux instruments numériques est particulièrement intéressant pour faciliter l'accès au droit. En effet, il ne s'agit pas d'un Code du travail numérisé, comme celui qui figure sur la plate-forme *Légifrance*<sup>135</sup>. Il permet une meilleure compréhension des dispositions légales et conventionnelles, notamment pour les salariés souhaitant s'impliquer dans le processus de négociation collective. Toutefois, en raison de la simplification des dispositions, des réserves demeurent quant à l'interprétation qui peut en être faite<sup>136</sup>. Une technique de vulgarisation juridique ne permettra pas de saisir toute la complexité du droit du travail.

Au-delà de cette adaptation, l'adaptabilité du droit du travail afin de rendre accessible le droit conventionnel est relativement limitée. Elle profite davantage aux employeurs dans l'élaboration de leurs projets d'accords collectifs, qu'aux salariés dans les moyens qui leur sont donnés de prendre part dans le processus de négociation collective. On se permet alors de douter de la cohérence de la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel qui exige que les acteurs disposent des moyens nécessaires à l'exercice de leurs fonctions<sup>137</sup>. Les salariés des plus petites entreprises sont insuffisamment pris en compte dans ce processus de négociation alors que des moyens simples pourraient leur être accordés afin qu'ils expriment davantage leur voix. Si un *débat peut s'engager de personne à personne et une négociation informelle est tout à fait envisageable avant approbation*<sup>138</sup> pourquoi ne pas l'avoir fait saisir par le droit ?

Le dernier temps du processus de négociation avant qu'il ne s'achève par la conclusion de l'accord consiste en une consultation des représentants du personnel ou, à défaut, de la collectivité elle-même.

### **Paragraphe 2 - L'effectivité du droit à la consultation dans l'entreprise**

L'Organisation Internationale du Travail inclut la consultation dans sa définition du dialogue social. L'article 21 de la Charte Sociale Européenne (dans sa version révisée) affirme que les travailleurs ont

---

<sup>135</sup> Ibid

<sup>136</sup> F. Favenec-Hery *Les PME dans les ordonnances Macron*, Dr Soc 2018 p. 46

<sup>137</sup> C. Constit 21 mars 2018 préc.

<sup>138</sup> F. Favenec-Hery, *préc.*

droit à la consultation au sein de l'entreprise. La consultation est donc un élément essentiel du dialogue social, cela a par ailleurs été affirmé par l'Organisation Internationale du Travail. En France, chaque employeur qui initie un processus de négociation collective engage une consultation. Toutefois, si la forme que prend la consultation dans les PME s'aligne sur celle existant dans les grandes entreprises(A), elle apparaît imparfaite dans les TPE (B).

## **A - L'existence d'une réelle consultation dans les PME**

Avec la concertation vue en amont, notion voisine mais distincte, la consultation consiste en un échange d'informations, en l'occurrence émises par les institutions représentatives du personnel, afin de clarifier une situation. Elle ne remet toutefois pas en cause le caractère unilatéral de la décision qui sera prise<sup>139</sup>. Elle s'insère dans le processus de négociation davantage comme l'expression d'un contre-pouvoir que comme une composante du processus d'information.

Ainsi consultation d'une part et la concertation de l'autre, sont les deux composantes principales d'une négociation authentique car elles préfigurent un vrai échange de points de vue entre les négociateurs. Or, plus ces derniers parviendront à s'exprimer dans un rapport de force aussi équilibré que possible, plus le processus de négociation et l'accord qui en résultent seront de meilleure qualité et davantage légitime aux yeux de la collectivité de travail. Les intérêts de part et d'autre de la table des négociations ayant pu valablement s'exprimer.

C'est cet esprit que les rédacteurs de l'ordonnance semblent vouloir donner à leur réforme lorsqu'ils insèrent dans le Code du Travail l'article L. 2232-29 à destination des PME. En disposant que le projet d'accord est élaboré conjointement entre les négociateurs, on imagine que dans les entreprises dans lesquelles demeure une représentation élue du personnel ou un salarié mandaté, celles-ci feront nécessairement l'objet d'une consultation par l'employeur. Les textes légaux ont drastiquement réduit le temps propre à la consultation dans l'entreprise.

Cela s'observe d'abord dans l'engagement du processus de négociation collective. Au regard des textes, cette prérogative semble n'appartenir qu'au chef d'entreprise. En effet l'article L.2232-25-1 du Code du Travail énonce que, si l'employeur communique aux représentants des salariés son

---

<sup>139</sup> *Ibid*

intention de négocier, ces derniers communiquent en retour leur intention ou non d'engager des négociations. Une certaine réciprocité se dégage de cet article mais ce dernier fait partie du paragraphe III portant sur *les modalités de négociation dont l'effectif habituel est au moins égal à 50 salariés*. On se demande alors quelles peuvent être les raisons qui ont poussé les rédacteurs de l'ordonnance à réserver l'application de cet article aux seules entreprises de plus de 50 salariés.

Celles-ci disposent d'un système de représentation similaire à celui des entreprises dont l'effectif est au moins supérieur à 20 salariés qui réunissent représentant élus et salariés mandatés. Cela est d'autant plus flagrant lorsqu'une fois le seuil de 50 salariés atteint elles ne sont toujours pas pourvues de délégués syndicaux. Dans ces entreprises, au même titre que celles dont l'effectif est inférieur à 11 salariés, il est fait référence à un « *projet d'accord* »<sup>140</sup> qui n'implique pas pour les représentants la faculté d'être impliqué dans l'initiative du processus de négociation. Le fait que l'on retrouve ce terme de "projet" uniquement dans les articles réservés à la négociation dérogatoire semble vouloir dire que l'employeur bénéficie exclusivement de l'initiative de la négociation.

L'usage de ce terme pour l'une et l'autre de ces entreprises entretient donc la confusion car d'un côté, il s'agit d'un projet davantage discuté et négocié car « *élaboré conjointement* » de l'autre c'est un projet d'accord ni discuté, ni négocié mais simplement ratifié par un référendum de substitution<sup>141</sup>, pour lequel il n'existe aucune obligation saisie par le droit pour permettre l'expression des salariés et de leurs intérêts. L'employeur conserve seul, le monopole de l'initiation du processus de négociation.

Réserver aux seuls négociateurs des entreprises dont l'effectif dépasse 50 salariés, la faculté d'exprimer leur volonté traduit, en plus d'un effet de seuil regrettable, une certaine défiance vis à vis de l'expression des antagonismes. Cette défiance se retrouve dès la fusion des IRP ayant abouti à la nouvelle architecture de la représentation du personnel et à une réduction de la capacité revendicatrice des salariés<sup>142</sup>. Cela vient donc renforcer le déséquilibre des négociations en faveur de celle de l'employeur.

---

<sup>140</sup> L. 2232-29 et L. 2232-21 du Code du Travail.

<sup>141</sup> P. Lokiec, *Démocratie représentative et démocratie directe*, Dr Soc 2019, p. 201

<sup>142</sup> I. Meftah ; *La négociation ayant pour objet ou acteur le CSE : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication* ; Le Droit Ouvrier ; Sept. 2020 n°865

D'abord, contrairement à la capacité de revendiquer du délégué syndical, le CSE peut uniquement formuler des réclamations, et ce encore plus dans les petites entreprises où il n'exprime pas les intérêts des salariés « *dans les décisions relatives à la situation économique de l'entreprise*<sup>143</sup> ». Les réclamations se différencient des revendications car elles ne portent que sur l'application des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles<sup>144</sup>. Par conséquent, l'article L. 2221-1 du Code du Travail relatif à l'objet de la négociation collective est rendu d'autant moins effectif que les lois intervenues depuis une quinzaine d'années ont introduit de manière croissante la possibilité de négocier sur la mise en place de la représentation du personnel. Elle s'est en outre retrouvée exacerbée par l'ordonnance de 2017, instituant la fusion des instances de représentation. Comme le relève le professeur Meftah, cette négociation n'aura pour seule conséquence que d'éloigner « *l'aspiration des salariés à un avenir meilleur* », c'est-à-dire de tout ce qui concerne leurs conditions de travail, d'emploi, et de favoriser les impératifs économiques de l'entreprise. Autant dire que la place accordée à la négociation en tant que vecteur de reconnaissance de droits substantiels est mince.

Si la consultation des négociateurs du côté des salariés est fortement réduite dans les PME, elle apparaît sous une forme encore plus imparfaite dans les TPE.

### **B - Une consultation imparfaite dans les TPE**

Au regard des dispositions légales dans ces entreprises, on se dit que la substance du principe de participation semble relativement conservée dans les PME. En revanche, la situation est complètement différente dans les entreprises dépourvues de toute représentation du personnel, entreprises dans lesquelles les salariés font l'objet d'une participation directe à la détermination des conditions de travail. En effet, le Code du Travail réserve au TPE un sort tout particulier en permettant à l'employeur d'organiser la consultation de la collectivité de salariés en vue de la conclusion de l'accord.

Or, il ne faut pas s'y méprendre. Cette « consultation », en admettant que l'on puisse ainsi la nommer, s'analyse en une consultation de substitution et n'a rien en commun avec celle qui existe pour les

---

<sup>143</sup> L. 2312-8 Code du Travail

<sup>144</sup> Article L. 2312-5 Code du Travail

représentants élus ou mandatés. Il s'agit seulement de solliciter, au moyen d'un référendum organisé dans l'entreprise, la confirmation ou l'infirmité par les salariés d'un projet d'accord élaboré uniquement par l'employeur.

En ce sens le texte est explicite. En réservant aux PME l'application de l'article L. 2232-29, on est certain qu'il n'est plus question de concertation<sup>145</sup> mais uniquement de consultation.

Il convient de rappeler que le juge constitutionnel considère au terme de sa jurisprudence sur le principe de participation qu'« *une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives* » doit être mise en œuvre dans l'ordre juridique pour assurer son effectivité<sup>146</sup>.

Pour la doctrine, une concertation appropriée renvoie à la fonction première des instances de représentation du personnel. Il s'agit d'un *échange argumenté des représentants du personnel avec l'employeur aux fins de participer à l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter leurs conditions de travail ou la gestion de l'entreprise. Échange dont le but, sinon de défendre, est au moins de rappeler à l'employeur les intérêts des salariés au cours du processus décisionnel*<sup>147</sup>. Désormais, l'expression du contre-pouvoir procède uniquement en une réponse binaire, par oui ou par non.

Sauf à considérer que le Conseil constitutionnel ne distingue pas entre concertation et consultation, l'emploi de la conjonction « ou », qui donne un caractère alternatif à la proposition, laisse croire que cette concertation doit s'organiser même sans la présence d'instances de représentation dans l'entreprise. Où sont donc les garanties de mise en œuvre du principe de participation ? Interrogé sur ce point à l'occasion d'une décision QPC<sup>148</sup>, le Conseil constitutionnel affirme malgré cela la conformité du dispositif référendaire au principe de participation. Pire, il semble complètement éluder le contrôle des garanties de ce principe en ne faisant référence qu'aux conditions de mise en œuvre de ce principe<sup>149</sup>.

Que voulait alors dire l'administration du travail à l'occasion de son « Questions/Réponses »

---

<sup>145</sup> L'article L.2232-29 ne s'applique que pour les entreprises disposant de représentants du personnel

<sup>146</sup> C. const., 16 décembre 1993, n° 93-328 DC

<sup>147</sup> J. Morin, *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Le Droit Ouvrier 2018, n°840

<sup>148</sup> C. constit 21 mars 2018 préc.

<sup>149</sup> A. Frabre *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*. Droit ouvrier 2018 ; n°840.



organisée en 2018 lorsqu'elle considérait que les ordonnances permettent désormais à un employeur d'une entreprise de moins de 11 salariés de *négozier directement avec ses salariés* ?

Au regard des textes, il est évident que le droit positif n'appréhende nullement les discussions qu'il peut y avoir entre l'employeur et ses salariés à l'occasion d'un projet d'accord. Cela demeure une simple faculté pour le chef d'entreprise. Ainsi, comme cela a été maintes fois confirmés par la doctrine, sans concertation il n'existe nullement de négociation collective dans les entreprises de moins de 11 salariés. Quand certains parlent de monologue<sup>150</sup> d'autres considèrent qu'il ne s'agit nullement d'un accord collectif mais d'une décision unilatérale de l'employeur.

Ne serait-il pas davantage opportun désormais, de penser différemment l'entreprise et considérer la communauté de salariés comme un membre assis autour de la table des négociations ?

La réponse à cette question appelle à une grande prudence car laisser à la collectivité de salariés la faculté de s'exprimer davantage, d'être concertés dans le cadre d'une négociation reviendrait à les envisager comme de véritables négociateurs. Il faudrait pour cela, leur attribuer la personnalité morale.

Ceci est une fausse bonne idée. Les organisations syndicales seraient directement concurrencées, et dans une autre mesure, cela ne participe pas à l'incitation des vocations syndicales. Ils ne participent plus « par l'intermédiaire de leur délégués » mais participent directement à la détermination de leurs conditions de travail.

Dans l'une de ses études statistiques, la DARES relève un phénomène étonnant. Les salariés des TPE sont davantage associés dans le processus décisionnel lorsqu'il existe un climat de tension dans l'entreprise<sup>151</sup>. Cela voudrait dire qu'une grève est nécessaire pour que les salariés soient finalement écoutés, qu'ils puissent négocier directement avec leur employeur pour que la consultation ait un sens ?

Cette solution est peu viable à notre sens. Une partie de la solution ne viendra qu'avec une véritable réforme sur ce problème de crise des vocations. À notre sens, les organisations syndicales

---

<sup>150</sup> Notamment A. Fabre P. Sampietro, L'accord référendaire dans les TPE, BJT oct. 2019, n° 112e1, p. 53

<sup>151</sup> DARES, *Le dialogue social dans les très petites entreprises en 2018*, DARES Résultats, Sept. 2020, n°30

demeurent les plus à même de représenter et défendre les intérêts collectifs dans l'entreprise. Cela est et reste inscrit dans les textes constitutionnels. Quel meilleur facteur de paix sociale pour éviter que les salariés ne s'expriment autrement que par la grève ?

On comprend donc que les rédacteurs de l'ordonnance de septembre 2017 ne souhaitent pas réellement placer le dialogue social dans sa forme simplifiée au centre des préoccupations. Le retrait des représentants et l'absence de moyens propres à débattre et échanger empêche le succès de ce dessein. Les craintes ressenties risquent de se concrétiser, c'est bien la négociation collective entendue comme simple mode de production normative qui occupe une place centrale

## **Partie 2 - La place centrale de la négociation dans le droit des accords collectifs**

La réforme par ordonnance de septembre 2017 a tenu à rendre efficace le droit des conventions collective, tant dans les petites que dans les grandes entreprises. Elle a donc renforcé la place de la négociation comme mode de production normative (**Chapitre 1**). Afin d'inscrire la négociation collective dans la durée dans la durée, la place de la convention collective s'est retrouvée sécurisée dans les petites entreprises (**Chapitre 2**).

### ***Chapitre 1 - La place renforcée de la négociation collective dans la production normative des petites entreprises***

En l'absence d'une véritable représentation du personnel et avec la réduction des règles relatives au dialogue social, l'employeur concentre l'ensemble des pouvoirs relatif au processus de négociation collective. Il peut donc élaborer unilatéralement toute norme censée être négociée collectivement (**Section 1**) sans qu'aucun encadrement ne puisse limiter efficacement l'expression de ce pouvoir (**Section 2**).

## **Section 1 - L'élaboration unilatérale de la norme négociée**

Dire que la norme négociée est unilatérale dans les petites entreprises alors que le projet des rédacteurs de l'ordonnance était justement de renforcer la négociation collective et le dialogue social peut être paradoxal. Mais le caractère collectif de la norme n'apparaît qu'en filigrane en raison de l'expression majoritaire du pouvoir de l'employeur lors de l'élaboration de la norme (**Paragraphe 1**) et de la maîtrise de la légitimité de l'accord collectif qu'il tire de la règle majoritaire (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1 - La prédominance du pouvoir normatif de l'employeur dans l'élaboration de la norme négociée***

L'intérêt procuré par l'ordonnance de 2017 a été de placer les petites entreprises sur le même pied d'égalité que les entités dont l'effectif est supérieur à 50 salariés vis-à-vis de la place qu'occupe l'accord collectif. Cela s'explique par la similarité du champ de compétences dévoué à la négociation d'entreprise, à ceci de différent que la liberté conventionnelle est dénuée de toutes contraintes dans les petites entités (A). A cette absence de contrainte liée au champ de compétences, s'ajoute l'absence de garanties suffisantes afin d'exercer un contre-pouvoir face au pouvoir normatif de l'employeur (B).

### **A - Une liberté conventionnelle dénuée de toute contrainte dans les petites entreprises**

La loi du 20 août 2008<sup>152</sup> a confié à la branche le soin de déterminer les thèmes de négociation ouverts à la négociation dérogatoire d'entreprise. La loi dite Rebsamen du 17 août 2015<sup>153</sup> a subordonné ensuite l'ouverture de tous les thèmes de négociation à la double condition d'un négociateur élu et mandaté par une organisation syndicale représentative. Si l'une des deux conditions est défailante, les thèmes de négociation sont alors limités aux seules mesures dont la

---

<sup>152</sup> Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale

<sup>153</sup> Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif.

Le Code du Travail permet aux petites entreprises d'être sur un pied d'égalité avec les unités d'au moins 50 salariés par l'ouverture du même champ d'application de la négociation collective. L'article L. 2232-21 dispose en effet, que *l'employeur peut proposer un projet d'accord qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective*.<sup>154</sup> sur tout autre accord de niveau de négociation supérieur.

Les petites entreprises bénéficient donc du même champ d'application, relativement aux thèmes de la négociation collective, que les plus grandes entités. Elles retrouvent, par là même, une liberté conventionnelle pleine et entière. Dans ce contexte, il n'est donc plus question de parler de négociation collective spéciale car petites et grandes entreprises bénéficient des mêmes compétences. Cet égal accès à la négociation collective est objectivement remarquable puisque cela leur permet de construire un statut collectif adapté à l'organisation de leur activité, de leur production<sup>155</sup> et ainsi d'éviter les distorsions de concurrence.

Toutefois, on observe une prédominance de la figure de l'employeur dans le processus de négociation. Ce qui fait dire que l'adoption d'un accord relève davantage d'une manifestation du pouvoir normatif de l'employeur que d'une décision collective. L'allègement des contraintes de la négociation préconventionnelle telle que nous l'avons vu, confère une liberté conventionnelle sans limite, plus grande encore que celle qui existe dans les entreprises de plus de 50 salariés.

L'une des premières spécificités constatées concerne les thèmes sur lesquels portent la négociation collective. L'article L. 2242-1 du Code du travail réserve aux entreprises dotées d'une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'obligation de négocier sur la rémunération et sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Les sections syndicales ne pouvant être mises en place qu'à partir de cinquante salariés, les chefs d'entreprises des petites entités ne sont aucunement tenus d'engager des démarches pour négocier sur ces thèmes. Puisqu'il ne s'agit que d'une obligation de moyen de négocier<sup>156</sup> et non d'une obligation de résultat, devant mener à la conclusion d'un accord, on conçoit difficilement que les entreprises d'au moins 11 salariés ne

---

<sup>154</sup> F. Géa, *Un renouveau de la négociation collective*, Retour sur les Ordonnances Macron, Dalloz Thème & Commentaires, 2020

<sup>155</sup> G. Francois, *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises – Partie 1*, Dr Soc. 2019, p. 956.

<sup>156</sup> M. Miné, *La loyauté dans la négociation collective d'un accord d'entreprise*, Travail & Emploi, 2000, entendu comme une négociation "authentique"

soient pas elles aussi obligées de négocier en raison de la similarité de leur processus de négociation par rapport à celui qui existe dans les entreprises pourvues de section syndicale. Faut-il y voir un aveu du législateur que le dialogue reste compliqué dans ces entreprises ?

Quoiqu'il en soit, sans obligation de négocier sur ces thèmes précis, l'employeur, unique instigateur d'une négociation dans l'entreprise jouit d'une liberté dénuée de toute contrainte quant au choix des thèmes à soumettre à la consultation de ses salariés ou de leurs représentants. Les petites entreprises pourront ainsi se permettre une plus grande flexibilité du droit du travail et s'alléger de certaines contraintes économiques.

On observe que dans les entreprises de moins de 50 salariés, malgré l'absence des thèmes soumis à la négociation obligatoire, et en dehors des thèmes de l'épargne salariale, le temps de travail et surtout la rémunération sont les premiers thèmes de négociation à emporter la conclusion d'accords collectifs. Il s'agit respectivement de 50,7 et 38,2% des accords déposés dans les entreprises de moins de 50 salariés en 2019<sup>157</sup>. Cela montre que la liberté laissée aux employeurs leur a permis de se saisir de thèmes jadis réservés à la décision unilatérale afin d'accroître la flexibilité du droit du travail.

À n'en pas douter, les accords conclus dans ces matières s'inscrivent moins dans une logique d'acquisition d'avantages et de partage de la valeur ajoutée que dans une logique dite de compétitivité. C'est-à-dire qu'il s'agit pour l'entreprise d'adapter facilement l'organisation de son temps de travail et des éléments de rémunération afin de répondre à ses besoins. Cela s'observe plus aisément dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux et dont l'effectif est inférieur à 50 salariés. L'analyse des accords sur la rémunération montre que ceux-ci portent généralement sur la création d'un système de prime et d'un système de rémunération<sup>158</sup>.

De même, les chiffres montrent qu'un grand nombre d'accords dans les petites entreprises concernent le contingent d'heures supplémentaires. Les accords ainsi conclus tendent à une augmentation conséquente du contingent d'heures supplémentaires pour des motifs tenant à la compétitivité de l'entreprise et de son activité économique<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Min. du Travail, Rapport sur *La négociation collective en 2019*

<sup>158</sup> Ibid

<sup>159</sup> F. Géa, *Un renouveau de la négociation collective ? Retour sur les ordonnances Macron*, Dalloz Thèmes &

Cette tendance à l'allègement des contraintes économiques s'observe d'autant plus au regard de la part résiduelle que représentent les thèmes synonymes d'avantages et de partage de la valeur ajoutée en faveur des salariés. A titre d'exemple, la prévoyance collective et la complémentaire santé ainsi que l'égalité professionnelle Homme-Femme représentent respectivement, 2,6 et 3,8% des textes déposés en 2019 par les petites entreprises.

Seule exception à cette tendance, la négociation relative à l'épargne salariale fait l'objet, dans les petites comme dans les grandes d'un grand nombre d'accords conclus, cela faisant l'objet d'une véritable négociation<sup>160</sup>.

Par conséquent, la liberté laissée aux employeurs des petites entreprises d'engager des négociations dans l'entreprise s'exerce au bénéfice d'une recherche de compétitivité de l'entreprise. Les employeurs se saisissent de la négociation collective principalement pour rattraper le retard qu'elles avaient sur les entreprises de plus de 50 salariés. Il n'y a donc plus de différence entre petites et grandes entreprises. Ne doit-on pas voir cela comme une confirmation d'une plus faible prise en compte des intérêts de la collectivité de travail au détriment de ceux de l'employeur ?

Pour le professeur LOKIEC, il doit exister des garde-fous indispensables à la liberté contractuelle. Les règles procédurales qui encadrent la négociation collective peuvent être des atouts utiles. Or, dans les petites entreprises, les règles procédurales sont relativement minces, ce qui ne permet pas de garantir une capacité de résistance effective face au pouvoir normatif de l'employeur.

### **B - Une capacité de résistance insuffisante face au pouvoir normatif de l'employeur**

Lors du processus de négociation collective d'entreprise, il doit être garanti aux négociateurs assis face à l'employeur une capacité de résistance effective<sup>161</sup>. Cette capacité de résistance empêche l'accord de se transformer purement et simplement en un acte unilatéral. Mais pour que ce garde-

---

commentaires, 2020

<sup>160</sup> 47% des textes relatifs à l'épargne salariales sont en effet signés au moyen d'une consultation à la majorité des 2/3 du personnel.

<sup>161</sup> P. Lokiec, *Hiérarchie des normes et négociation, le pari de la confiance*, Le Droit ouvrier 2018, n°836.

fou essentiel puisse s'affirmer efficacement contre le pouvoir patronal, cela implique, qu'en théorie, l'un et l'autre des négociateurs disposent réciproquement de moyens de pression.

Certains auteurs avancent l'argument selon lequel, pour qu'une négociation soit équilibrée il faut que le négociateur bénéficie d'un soutien massif des salariés<sup>162</sup>. Si dans les grandes entreprises les délégués syndicaux peinent à obtenir 10% des voix, l'absence de légitimité électorale dans les petites entreprises limite davantage la légitimité et la solidité des représentants – peu importe la bonne volonté qu'ils mettent à accomplir leur tâche. Par conséquent, le soutien massif des salariés ne peut pas être considéré comme un moyen de rééquilibrer le rapport de force des négociations dans les petites entreprises.

Si le soutien massif des salariés envers leurs représentants ne peut leur offrir une capacité de résistance intéressante face à l'employeur, l'indépendance du statut des représentants peut s'avérer utile.

Le Conseil Constitutionnel érige l'indépendance des *“personnes conduites à conclure des accords collectifs”* et leur statut protecteur comme un moyen de garantie du principe constitutionnel de participation à la détermination des conditions de travail. Il considère à ce titre qu'il incombe au législateur de respecter dans la mise en œuvre de ce principe<sup>163</sup>. Ainsi, l'indépendance des négociateurs peut être considérée comme une garantie intrinsèque à l'équilibre des négociations, afin d'assurer une certaine capacité de résistance aux représentants des salariés face à l'employeur. Concrètement, cela se traduit par l'attribution d'un statut protecteur contre le licenciement des salariés mandatés ou des élus à la délégation du CSE qui se retrouve aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 Du code du travail.

En l'occurrence, l'article L. 2232-29 du Code du travail érige l'indépendance des négociateurs en tant que composante du déroulement loyal des négociations dans les petites entreprises. De plus, l'article L. 2232-28 du Code du travail accorde une place importante à l'indépendance des salariés mandatés qui doivent notamment n'avoir aucun lien de parenté avec l'employeur.

---

<sup>162</sup> Notamment E. Dockès, *Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?*, Le Droit Ouvrier 2015, n°801

<sup>163</sup> C. Constit. 6 nov. 1996 n°96-383 D.C

Malgré cela, l'on se doit d'exprimer une certaine réserve quant à l'effectivité du principe d'indépendance des négociateurs propres à garantir une capacité de résistance aux salariés. En réalité, le législateur ne précise aucunement en quoi consiste cette indépendance vis-à-vis de l'employeur. Il se contente simplement d'affirmer une injonction et se conforme donc aux exigences du Conseil constitutionnel. Cela confère une portée relative à l'exigence du Conseil constitutionnel que l'ordre juridique se doit de mettre en œuvre des garanties légales afin de rendre effectif le principe de participation.

De plus, cette protection a pu être jugée comme relativement peu efficace<sup>164</sup>. En effet, les négociateurs dans l'entreprise sont toujours placés sous le prisme de la subordination. Or, il est certain que si l'article L. 2411-1 du Code du travail rend plus difficile le licenciement, il ne protège aucunement les représentants du personnel contre les discriminations syndicales et des possibles ralentissements de leur évolution de carrière. Surtout quand on voit les chiffres relatifs à la discrimination syndicale<sup>165</sup>. A titre d'illustration, un tiers de la population considère que les discriminations syndicales se produisent souvent ou très souvent. De plus, une large majorité des salariés du secteur privé ont admis que l'exercice d'une activité syndicale constitue un frein à la fois pour l'évolution de la carrière et de la rémunération. Cela n'incite pas davantage les candidats à devenir acteurs de la négociation.

Même si l'on peut les considérer comme faiblement efficace, le droit positif accorde tout de même des garanties intrinsèques aux acteurs de la négociation dans les entreprises d'au moins 11 salariés à travers les garanties d'indépendance et de la protection institué par le statut des représentants du personnel. En revanche, il ne semble exister aucune garantie intrinsèque propre à assurer une capacité de résistance effective aux salariés des entreprises de moins de 11 salariés.

Bien que l'on admette qu'il n'existe pas de négociation à proprement parler, la collectivité de salariés des TPE doit pouvoir valablement exprimer son refus d'adopter le projet d'accord soumis par l'employeur. La subordination de ces derniers mais surtout l'absence de garanties protectrices à leur égard vient donc fausser et corrompre toute tentative de débat. Cette capacité de résistance doit se

---

<sup>164</sup> S. Tournaux, *Temps de travail et accords collectifs : quels niveaux, pour quels enjeux ?* Lexbase Hebdo sociale N°750, 2018.

<sup>165</sup> Org. Internationale du Travail, 12e baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi, Études & Résultats Sept. 2019



retrouver dans les modalités d'organisation du référendum.

En effet, il a été prévu par le décret du Conseil d'Etat en date du 26 septembre 2017<sup>166</sup> un nombre restreint de dispositions visant à garantir une protection du consentement des salariés lors du vote d'approbation du projet d'accord proposé. Ces règles sont énumérées à l'article R. 2232-10 du Code du travail et il s'agit principalement, pour l'employeur, de garantir le caractère secret et personnel de la consultation.

Bien que cette disposition soit opportune au regard de la taille de l'entreprise et de la difficulté qu'il peut y avoir à garder secret un vote et à limiter l'influence de l'employeur sur le vote<sup>167</sup>, en raison de la proximité des travailleurs avec le chef d'entreprise, ne poursuit-on pas une chimère en espérant que le vote demeure secret dans des entreprises dans lesquelles il n'existe que deux ou trois salariés ?<sup>168</sup>

En plus d'une totale maîtrise du choix des thèmes de négociation, sans qu'aucun véritable contre-pouvoir ne puisse s'exercer à son encontre, le caractère collectif de la négociation s'évapore un peu plus au regard des règles qui tiennent à l'adoption de l'accord

## ***Paragraphe 2 - La maîtrise par l'employeur de la légitimité des accords collectifs***

Le droit positif a donné aux entreprises la maîtrise de la légitimité des accords collectif par l'adaptation de la règle majoritaire aux différentes modalités de négociations, selon qu'elle se réalise dans les PME d'au moins 11 salariés (**A**) ou dans les TPE de moins de 11 salariés (**B**)

---

<sup>166</sup> Décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises

<sup>167</sup> B. Bossu, *Un droit du travail adapté aux PME/TPE ?* Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz, Thèmes & commentaire, 2020

<sup>168</sup> P. Adam, *La négociation collective sans délégué syndical*, Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz, Thèmes & commentaire, 2020

## A - L'adaptation de la règle majoritaire dans les PME

Les différentes réformes introduites dans le droit du travail depuis la loi *Fillon* du 4 mai 2004 ont inséré la règle majoritaire, ou plutôt des règles majoritaires<sup>169</sup>, afin de renforcer la légitimité de norme négociée. Dans les « grandes entreprises », cette règle veut qu'une convention d'entreprise soit valide si elle a recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel quel que soit le nombre de votants<sup>170</sup>. Or dans ces entreprises, les critères de la représentativité et notamment celle de l'audience confèrent aux organisations syndicales une importante légitimité vis-à-vis des salariés qu'ils représentent. Raison pour laquelle on peut affirmer que la légitimité de l'acteur se confond avec celle de l'acte conclu.

Dans les entreprises d'au moins 11 salariés dans lesquelles le CSE a été mis en place, l'article L. 2232-23-1 du Code du travail adapte la règle majoritaire aux modalités de représentation sans délégué syndical. Dans ces entreprises, la validité des accords conclus est subordonnée à la signature par *des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles*<sup>171</sup>.

On retrouve donc le même modèle que dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux en ce que la légitimité de l'acte est confondue avec la légitimité de l'acteur. En d'autres termes, la loi calque sur le représentant élu au CSE un mécanisme similaire à celui applicable au le délégué syndical en faisant du vote de la collectivité de salariés le moyen d'asseoir la légitimité électorale du représentant. Ce mécanisme posera relativement peu de problème lorsqu'un seul membre sera élu en raison de l'effectif inférieur à vingt-quatre salariés. Le représentant élu à la délégation du CSE représente à lui seul 100% des votes<sup>172</sup>.

Si légitimité des acteurs et celle de l'acte se confondent, le renforcement de la légitimité de l'accord collectif par la règle majoritaire – en tant qu'outil permettant de freiner l'aboutissement de la norme

---

<sup>169</sup> G. Auzero, *La légitimité intrinsèque de la règles majoritaire et l'accord collectif*, Dr Soc. 2018

<sup>170</sup> L. 2232-12 Code du Travail

<sup>171</sup> L. 2232-23-1 Code du Travail

<sup>172</sup> A. Fabre, *L'accord référendaire dans les TPE*, BJT oct. 2019, n° 112, p. 53

négociée<sup>173</sup> – doit être relativisé. En effet, seuls les suffrages exprimés lors des dernières élections sont pris en compte. Par conséquent, une forte abstention, dans les petites entreprises, lors des élections de la délégation au CSE ne permet pas au membre élu de jouir d'une grande légitimité électorale. La légitimité de l'acte conclu sera donc toute aussi limitée mais l'employeur parviendra facilement à adopter le projet d'accord.

Dans son objectif de développer les accords collectifs, les légiférants ont attribué une place croissante au référendum, créant ainsi de nouvelles déclinaisons de la règle majoritaire.

En effet, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a introduit, dans les entreprises dotées de délégués syndicaux, une sorte de déclinaison de la règle majoritaire à l'article L. 2232-12 du Code du Travail. Les accords qui n'ont pas obtenu plus de 50% des signatures par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise mais plus de 30% peuvent être adoptés à la condition qu'ils obtiennent la majorité des suffrages lors d'une consultation du personnel.

On retrouve ce principe du référendum d'habilitation<sup>174</sup> dans les entreprises de moins de cinquante salariés lorsqu'il s'agit de valider un accord collectif en présence d'un salarié mandaté. En effet, l'article L. 2232-23-1 du Code du travail subordonne la validité des accords conclus avec un ou plusieurs salariés mandatés non-membre de la délégation élue au CSE à l'approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

En revanche, une différence doit être faite entre les petites et les grandes entreprises. Dans ces dernières, le référendum se révèle être moins un mécanisme de nature à renforcer la légitimité de l'accord qu'un instrument en faveur de l'employeur lui permettant de multiplier ses chances d'adopter l'accord et ainsi contourner l'absence de majorité. Le référendum étant organisé à l'initiative de ce dernier, on peut ainsi y voir une nouvelle expression de son pouvoir unilatéral. Qu'en est-il de *la vocation naturelle des syndicats à représenter les intérêts des salariés* quand, dans le même temps, l'employeur peut annihiler leur volonté de ne pas adopter l'accord par l'organisation d'un référendum ? Du côté des petites entreprises, le référendum conditionne simplement le respect de la règle majoritaire en l'absence de délégué syndical.

---

<sup>173</sup> G. Auzero préc.

<sup>174</sup> Ibid

Le point commun à ce référendum de « ratification » réside dans le fait qu'il s'agit d'habiliter une personne qui ne dispose pas du pouvoir suffisant pour adopter l'accord. Le vote des salariés permet de leur rendre l'accord opposable. Autant, cela peut être mieux compris dans les petites entreprises dans la mesure où la représentativité des syndicats est extérieure à l'entreprise, autant cela est discutable dans les entreprises pour lesquelles il existe un ou plusieurs délégués syndicaux. Ces derniers faisant l'objet d'une représentativité et d'une légitimité importante dans l'entreprise.

Malgré l'existence d'une dualité d'adaptation de la règle majoritaire aux différents acteurs de la négociation, la possibilité offerte à l'employeur de choisir de négocier soit avec le salarié mandaté non élu soit avec l'élu, mandaté ou non, n'est qu'accessoire. On est quasiment certain que celui-ci privilégiera la négociation avec le l'élu à la délégation du CSE car l'adaptation de la règle majoritaire n'entraîne pas l'organisation d'un référendum et supprime donc un aléa supplémentaire dans l'adoption de l'accord.

Dans les PME, en choisissant l'application qui doit être faite de la règle majoritaire, l'employeur conserve la maîtrise de la légitimité de l'acteur de la négociation en même temps que la légitimité de l'accord. L'adaptation de la règle majoritaire spécifique aux TPE, lui permet également de maîtriser cette légitimité de l'accord.

### **B - La règle majoritaire adaptée aux TPE**

La technique du référendum en entreprise n'est pas nouvelle. Elle a été initiée dans les domaines de l'épargne salariale et de la protection sociale complémentaire<sup>175</sup> depuis 1945. L'ordonnance du 22 septembre 2017 en a généralisé la pratique en en faisant « *un mécanisme de formation de la norme collective* »<sup>176</sup>. Désormais, chaque employeur d'une entreprise de moins de 11 salariés dépourvue de délégués syndicaux, peut conclure un accord après avoir soumis un projet d'accord élaboré par ses soins<sup>177</sup>. L'article L. 2232-22 du Code du travail permet d'adopter l'accord par son approbation à la majorité des deux-tiers de l'effectif de l'entreprise présent lors d'une consultation directe organisée dans l'entreprise.

---

<sup>175</sup> CSS, art L. 911-1

<sup>176</sup> V. Cohen-Donsimoni, *Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif*, Dr Soc. 2018, p. 422

<sup>177</sup> L. 2232-21 Code du Travail

En l'occurrence dans les entreprises de moins de 11 salariés, l'enjeu du référendum est différent de celui qui a lieu dans les entreprises dans lesquelles il existe une représentation du personnel. En l'absence de toute organisation syndicale représentative dans l'entreprise, il n'a pour seule autre finalité que l'adaptation de la règle majoritaire afin d'asseoir la légitimité du projet d'accord élaboré. Or, pour reprendre la pensée du professeur Auzero, la règle majoritaire n'assure pas la légitimité de l'accord en lui-même. Elle vise plutôt à « *affermir l'emprise de la norme collective sur les contrats de travail individuels* »<sup>178</sup>.

Comme il l'a été affirmé en amont, c'est davantage la légitimité des acteurs de la négociation découlant de leur représentativité électorale ou syndicale, associée au vote référendaire des salariés lorsqu'il s'agit d'un salarié mandaté qui donne à l'accord sa légitimité et lui permet d'être opposable aux salariés. Les représentants des salariés sont donc censés « *cimenter un intérêt collectif* »<sup>179</sup> qui dépasse la somme des intérêts individuels du personnel.

Mais dans les très petites entreprises il n'existe aucune représentation du personnel. Pour certains auteurs, le vote des salariés s'analyse comme une condition suspensive de ratification<sup>180</sup>. Pour nous, cette technique se rapproche davantage du plébiscite, technique qui consiste à légitimer le pouvoir d'un gouvernant<sup>181</sup>. En effet, l'élaboration unilatérale du projet d'accord par l'employeur reporte la légitimité des acteurs, et donc la légitimité de l'accord sur la seule figure du chef d'entreprise. De plus, l'absence de représentation du personnel empêche toute existence d'un intérêt collectif.

Cet « *évanouissement de l'essence collective* »<sup>182</sup> représente donc un risque pour l'adoption de l'accord. Si un climat de tension venait à se déclencher dans l'entreprise, il est probable que les intérêts individuels et l'animosité des salariés envers leur employeur prennent le dessus et qu'ils essayent de sanctionner l'employeur en répondant négativement au référendum d'approbation. Alors même que celui-ci peut être nécessaire au développement de l'entreprise ou à l'intérêt des salariés. Ainsi, le référendum perd, de fait, sa raison d'être et deviendrait un plébiscite<sup>183</sup> ou une

---

<sup>178</sup> G. Auzero préc.

<sup>179</sup> P. Adam, *La ruée vers l'or(dre néolibéral) Sur un western juridique moderne...*, Le Droit Ouvrier 2018, n°836?

<sup>180</sup> G. François, *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprise -Part 2*, Dr Soc 2019, p. 1019

<sup>181</sup> O. Tholozan, *Tradition holiste du droit social et référendum d'entreprise*, Dr soc. 2018, p. 405

<sup>182</sup> C. Mariano, *Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical*

<sup>183</sup> O. Tholozan préc.

allégeance au pouvoir patronal en ce que la collectivité se retrouve divisée pour que les choix voulus par l'employeur puissent s'imposer<sup>184</sup>.

Cela démontre l'importance pour l'employeur d'organiser des concertations ou des réunions d'informations supplémentaires afin que les salariés sachent réellement de quoi relève leur engagement.

En effet, à l'absence d'intérêt collectif s'ajoute l'absence de négociation préconventionnelle, condition supplémentaire à la légitimité de l'accord collectif<sup>185</sup>. Contrairement aux autres hypothèses, aucune véritable négociation, discussion ou concertation n'est envisagée dans le processus d'élaboration de la norme. Bien que l'article L.2232-21 du Code du travail parle d'un « projet d'accord », à défaut d'application des garanties de négociation posées par l'article L. 2232-29 réservées aux entreprises de plus de 10 salariés, il est clair que la simple demande aux salariés de ratifier ce projet ne permet pas de conférer une quelconque légitimité à l'accord. Cela renforce d'autant plus cette idée que dans ces entreprises, le référendum est un moyen de faciliter la conclusion d'accords collectifs, un mode de production normative<sup>186</sup>.

Nous partageons donc l'avis de certains auteurs de réintroduire la possibilité, pour les TPE, de se voir appliquer les garanties de l'article L. 2232-29 précité en faveur d'un salarié ayant reçu un mandat syndical ou une simple habilitation pour négocier directement avec l'employeur afin de garantir une véritable légitimité à l'accord conclu après approbation par référendum<sup>187</sup>.

Toutefois, en raison de la faiblesse des garanties accordées aux salariés de se constituer en un véritable contre-pouvoir à l'égard des décisions de l'employeur, et notamment l'absence d'indépendance et de statut protecteur, on doute que le rapport de force qui s'engage soit équilibré. On comprend donc que la règle majoritaire n'est donc pas une difficulté insurmontable pour que l'employeur puisse adopter le projet d'accord élaboré. Le pouvoir normatif du chef d'entreprise peut d'autant plus s'exprimer qu'il ne subit aucun encadrement efficace vis-à-vis des autres normes collectives.

---

<sup>184</sup> B. Dabosville, *Le référendum ou le spectre de la démocratie illibérale*, Le Droit ouvrier 2019

<sup>185</sup> G. François préc.

<sup>186</sup> V. Cohen-Donsimoni, *Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif*, Dr Soc. 2018, p. 422

<sup>187</sup> G. François préc.

## **Section 2 - L'absence d'encadrement du pouvoir normatif de l'employeur**

La place de l'accord d'entreprise devient de plus en plus centrale en ce que ce dernier s'autonomise par rapport aux autres normes de l'ordre juridique social (**Paragraphe 1**), qu'il s'agisse de la loi impérative ou supplétive ou encore des normes négociées à un niveau supérieur à celui de l'entreprise., aussi bien, dans les grandes entreprises que dans celles de petites tailles. Plus spécifiquement, dans les petites entreprises, l'accord collectif occupe tout l'espace au regard du statut collectif des salariés (**Paragraphe 2**)

### ***Paragraphe 1 - L'autonomie de l'accord collectif d'entreprise dans l'ordre juridique social***

Cette autonomie de l'accord collectif s'est affirmée par le renforcement de sa capacité à déroger aux autres normes de l'ordre juridique social (**A**). Si, aujourd'hui, la branche exerce encore un rôle régulateur, il se s'exprime que trop faiblement pour encadrer et relativiser cette autonomie (**B**).

#### **A - Le renforcement de la capacité dérogatoire de l'accord d'entreprise**

Les dispositions d'ordre public et la négociation de branche ont longtemps limité la capacité des entreprises, et plus encore celle des petites entreprises, à se doter de règles adaptées à leurs spécificités.

Pour remédier à cela, la réforme de septembre 2017 a considérablement renforcé la prévalence de l'accord collectif d'entreprise en érigeant sa compétence en principe et en multipliant les cas dans lesquels celui-ci peut déroger à la norme supérieure. Elle est un facteur de conventionnalisation du droit du travail en réduisant la compétence des dispositions d'ordre public et en renforçant le caractère supplétif des normes de niveau supérieur <sup>188</sup>. Cela entraîne nécessairement un

---

<sup>188</sup> G. Auzero, *Conventions d'entreprise et conventions de branche*, Dr soc. 2017 p.1018

accroissement de la liberté conventionnelle dans les entreprises, ce qui, dans les petites entreprises, se traduit par un développement de l'expression du pouvoir normatif de l'employeur.

Dans un premier temps, il a été question d'accroître le champ d'application de la loi supplétive, faisant ainsi passer l'accord d'entreprise au premier plan. La loi a d'abord été rendue supplétive à l'occasion de la loi Travail du 8 août 2016 pour le domaine relatif au temps de travail. La logique de supplétivité a ensuite été étendue en septembre 2017 à l'ensemble des thèmes en raison du nouveau découpage du code du travail, désormais organisé en triptyque : d'abord l'ordre public indérogeable puis les normes négociées et enfin les dispositions supplétives applicables à défaut de normes négociées.

Toutefois, comme le souligne le professeur Gwennhaël François, il ne s'agit pas d'une primauté de l'accord d'entreprise sur la loi. Cette prévalence a été voulue et mise en place par le législateur<sup>189</sup>. Autrement dit, c'est la loi elle-même qui organise la possibilité pour la négociation d'entreprise et son domaine particulièrement large de déroger à la loi et réduit par la même, le champ des dispositions d'ordre public. Il n'y a donc pas « d'inversion de la hiérarchie des normes ».

Ce recul organisé des dispositions légales n'est pas une mauvaise chose en soit pour les petites entreprises. Cela leur permet d'entrer véritablement dans une logique d'adaptabilité du droit du travail, c'est-à-dire d'élaborer des normes *“au plus près du terrain”*. Chose qui leur était quasiment impossible jusqu'ici. En effet, elles devaient se contenter, si ce n'est des normes impératives, de quelques adaptations unilatérales. Cela les plaçait dans une situation inégalitaire vis-à-vis des grandes entreprises pour un même secteur d'activité.

À titre d'exemple, l'impérativité de la loi pouvait s'avérer particulièrement désavantageuse pour les petites entreprises en les empêchant de se doter d'accords notamment sur le coût du travail.

L'article L. 3121-36 du Code du travail, prévoit qu'à défaut d'accord, une majoration d'heures supplémentaires de 25% pour les huit premières heures quand, dans le même temps un accord d'entreprise peut diminuer ce taux jusqu'à 10%. Sans possibilité pour les entreprises de conclure des accords dérogatoires à la loi au moyen d'une négociation substitutive, les petites entreprises ne

---

<sup>189</sup> G. François, *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Seconde partie)*, Dr soc. 2019 p.1066



bénéficient pas d'une compétitivité intéressante par rapport aux entités de plus de 50 salariés dotés de la faculté de conclure des accords collectifs sur ce thème et pouvant donc réduire le coût du travail.

Dans la poursuite de son objectif de renforcer les accords collectifs, la réforme de 2017 a voulu simplifier l'ordonnancement des différents niveaux de négociation collective. Pour cela, il a été mis fin à la concurrence entre les normes négociées par la mise à mort du principe de faveur.

L'article L. 2253-3 du Code du travail organise en grande partie la supplétivité de la convention de branche qui ne prévaut que dans les domaines prévus par les articles L. 2253-1 et dans ceux prévus par l'article L. 2253-2 du même code, à condition qu'une stipulation expresse le prévoit. Nous l'avons déjà affirmé, le champ d'application de la négociation d'entreprise est particulièrement large mais même lorsque des domaines sont censés être réservés à la négociation de branche, il est possible pour les accords d'entreprise de prévaloir sur le champ de la négociation de branche.

En effet l'ordonnance de septembre 2017 a mis fin au principe de faveur et en le remplaçant par le principe de l'équivalence des garanties. Cette notion d'équivalence des garanties demeure relativement floue dans la doctrine. Il est toutefois critiqué dans la mesure où il constitue une mesure de régression sociale. Là où le principe de faveur instituait des garanties strictement supérieures à celles prévues par la négociation de niveau supérieur, l'équivalence des garanties devient un moyen d'instituer des garanties « supérieures ou égales » à celles envisagées par la convention de branche.

Mais dans les petites entreprises, l'employeur dispose seul de la liberté conventionnelle. L'autonomie de la convention d'entreprise accroît d'autant plus cette liberté et renforce l'expression de la volonté patronale bien que, pour les 13 domaines réservés à la branche, il ne pourra prévoir que des garanties au moins équivalentes. L'on peut se demander si, toutefois, l'employeur d'une PME ou d'une TPE, peu avisé de ce que recouvre cette règle des garanties au moins équivalentes, se risque d'entreprendre une dérogation au moins équivalente à celle prévue par la négociation de branche. Cette difficulté renforce indirectement le rôle régulateur de la branche, car cela mis à part, ce rôle ne s'exprime que faiblement.

## B - Le faible rôle régulateur de la branche

Le rôle régulateur de la négociation de branche se retrouve dans l'article L. 2232-5-1 du Code du travail, qui dispose que la branche a notamment pour mission de réguler la concurrence entre les entreprises. Concurrence qui peut résulter des modalités de négociation dans ces entreprises.

L'article L. 2253-1 du Code du travail cantonne la négociation de branche à treize thèmes strictement énumérés par la loi, tels que les salaires minima hiérarchiques, les classifications ou encore la mutualisation des fonds de la formation professionnelle. Au champ de compétence prioritaire de la convention de branche, peuvent s'ajouter quatre thèmes supplémentaires si tant est que la convention de branche stipule expressément qu'elle sera compétente sur ces matières.

De fait, le champ de compétence de ce niveau de négociation apparaît relativement restreint. D'autant plus qu'il faut souligner que seuls les thèmes cités aux 3°, 4°, 6°, 7°, 8°, 10°, 11°, 12° et 13° de l'article L. 2253-1 du Code du travail font l'objet d'une exclusivité à proprement parler. Cela signifie que l'accord d'entreprise ne peut y déroger même par le biais des garanties équivalentes. Les autres thèmes énoncés par l'article précité ne font pas l'objet d'une exclusivité mais d'une primauté<sup>190</sup> et ils peuvent donc faire l'objet de dérogation si les négociateurs au niveau de l'entreprise – en l'occurrence ici l'employeur des petites entités – prévoient des "*garanties au moins équivalentes*". Autrement dit, la négociation d'entreprise conserve une compétence subsidiaire sur quatre des treize thèmes dévolus à la négociation de branche.

Par conséquent, l'action régulatrice de la branche n'est que faiblement efficace du point de vue de l'étendue de son champ de compétence. Cette action se révèle plus intéressante au regard de la portée du champ d'application. En effet, la *vocation statutaire*<sup>191</sup> de la négociation de branche, contrairement à celle de la négociation d'entreprise, est la recherche de l'amélioration des conditions de travail et d'emploi des salariés. Ce rôle prend donc tout son sens aujourd'hui vu l'importance accordée à la négociation d'entreprise et au possible risque de dumping social qui pourra exister entre elles, sur des matières telles que le temps de travail ou le système de rémunération.

---

<sup>190</sup> F. Géa, *Vers un renouveau de la négociation collective* in Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz Thèmes & Commentaire 2020.

<sup>191</sup> J. Barthélémy, *La négociation collective, outil de gestion dans l'entreprise*, Dr soc 1990, p. 580

Il est également à noter que le champ d'application de la négociation collective d'entreprise qui figure à l'article L. 2253-3 du Code du travail possède également une part de subsidiarité. Dans la mesure où les employeurs des petites entreprises n'ont pas conclu d'accords sur des matières qui leur étaient dévolues, ils autorisent les négociateurs de la branche à s'en saisir et à élaborer des normes collectives sur ces domaines « délaissés » par la négociation d'entreprise.

Enfin, le rôle régulateur la branche se manifeste également à travers les accords dit accords-types de branches, instaurés par la loi du 8 août 2016. Ils confèrent à la négociation de branche la fonction de prestataire de services car cela permet aux entreprises de bénéficier d'accords collectifs pour lesquels la qualité du processus de négociation est supérieure à celui qui peut exister au niveau de l'entreprise. En effet, les négociateurs dans la branche étant "*rompus à cet exercice*"<sup>192</sup>, les accords conclus dans ce cadre font l'objet d'une véritable discussion entre les partenaires sociaux et les organisations patronales au sein de la branche.

Les ordonnances de septembre 2017 sont venues renforcer le rôle régulateur de la branche en incitant à la conclusion d'accord-types. En plus de permettre la conclusion de ces accords dans de simples accords de branches et non plus dans des accords de branches étendus, l'article L. 2263-23-1 inséré dans le code du travail par l'ordonnance de septembre 2017 conditionne l'extension de ces accords de branches à la prévision de « stipulations spécifiques » à destination des entreprises de moins de cinquante salariés.

On se questionne toutefois sur la possibilité accordée par le texte légal de ce qui peut faire l'objet d'une justification propre à dispenser les partenaires de l'obligation d'insérer des stipulations spécifiques pour les petites entreprises. Pour l'heure aucune précision n'a été apportée quant à la nature ou au contrôle qui pourra être faite sur cette justification.

Toutefois une importante mesure doit être apportée à cet égard car, si les accord-types de branche apparaissent comme un moyen rassurant de permettre aux petites entreprises de bénéficier d'une négociation qualitative, ces derniers vont à contresens des ambitions des réformes. Parce qu'ils

---

<sup>192</sup> S. Tournaux, *Temps de travail et accords collectifs : quels niveaux, pour quels enjeux ?* Lexbase Hebdo sociale N°750, 2018.

émergent d'une négociation envisagée à un niveau supérieur à celui de l'entreprise, ils risquent d'être porteurs d'une adaptabilité des normes moins importante au regard des intérêts de la collectivité de travail et des besoins de l'entreprise<sup>193</sup>. De plus, des auteurs se sont questionnés sur le point de savoir si ces accords connaîtraient un réel succès au regard des modalités de conclusion d'un accord d'entreprise à proprement parlé tant celles-ci s'avèrent véritablement aisées désormais<sup>194</sup>. Malheureusement, à l'heure actuelle, la pratique montre que seul un accord-type de branche, portant sur le temps de travail, a été conclu dans la branche de l'industrie pharmaceutique. Il faut tout de même souligner que malgré l'absence de succès de ces types d'accords, l'accord conclu confirme ce rôle régulateur dans la mesure où, en plus de prévaloir sur l'accord d'entreprise, ce dernier a été conclu sur un domaine stratégique, le temps de travail, permettant ainsi aux petites entreprises de la branche de pouvoir adapter

Le rôle régulateur de la branche ne s'exprime pas avec la force qu'il devrait. Il se trouve fortement réduit par l'importance du champ de compétences attribué à la négociation d'entreprise qui déborde et déroge aussi bien à la négociation de branche qu'à l'ordre public. La négociation collective de branche conserve une utilité relative pour les petites entreprises qui, considérant l'élaborer des accords d'entreprise trop hardi, peuvent tout de même bénéficier d'un accès à la négociation collective<sup>195</sup>.

La branche pourrait jouer un rôle bien plus important dans la régulation de la négociation d'entreprise mais le législateur a considérablement affaibli la portée de son action. De ce fait, elle constitue difficilement un rempart solide et efficace contre du pouvoir patronal, dont l'expression surabondante dans les petites entreprises vient uniformiser le statut collectif des salariés.

## ***Paragraphe 2 - L'autonomisation de l'accord collectif d'entreprise vis-à-vis du statut collectif des salariés***

Le statut collectif des salariés correspond à l'ensemble des normes élaborées par les acteurs de la relation de travail et applicable à tous les salariés d'une entreprise. Le statut collectif des salariés d'une entreprise regroupe aussi bien le contrat de travail, que les accords collectifs négociés et

---

<sup>193</sup> G. Francois, *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises*, Dr soc 2019, p 956

<sup>194</sup> G. Auzero, D. Baugard. E. Dockès, *Précis de Droit du travail*, 2021 34<sup>e</sup> ed. DALLOZ

<sup>195</sup> J. Icard, *Négociation collective et petite entreprise*, Cah. soc. juill. 2018, n° 123n7, p. 363

conclus dans l'entreprise que les normes unilatérales ou encore le règlement intérieur. Dans une petite entreprise, ce statut collectif censé regrouper diverses normes élaborées par une diversité d'acteurs est quelque peu uniformisé en raison de l'unicité de l'acteur d'élaboration des normes. L'employeur, par son pouvoir normatif peut s'immiscer dans le contrat de travail au moyen d'un accord collectif (A). En raison de la centralité accordée à l'accord d'entreprise, la place laissée aux autres normes du statut se trouve fortement réduite (B).

## A - L'immixtion de l'accord d'entreprise dans le contrat de travail

Cela est maintenant connu, la négociation collective va jusqu'à s'immiscer dans les contrats de travail individuel pourtant, jusqu'ici protégé par le reliquat du principe de faveur. Cette fragilisation du contrat individuel par l'accord d'entreprise présente un risque encore plus important dans les petites entreprises en raison du déficit de négociation.

De nouveaux types de normes négociées ont progressivement fait leur apparition dans le paysage juridique du travail. Ce sont les accords que l'ordonnance de 2017 nomment *accords de performances collectives*. Ils ont une origine bien plus ancienne car ils apparaissent dès la loi Aubry du 19 janvier 2000 qui régit l'effet des dispositions de l'accord collectif relatives à la durée du travail. Ces accords se développent ensuite par la loi du 14 juin 2013 qui introduit *les accords de maintien dans l'emploi* puis par la loi du 8 août 2016 qui introduit ensuite les accords dits de compétitivité-emploi.

L'objet de ces accords est d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise et de ses intérêts en jouant sur l'emploi par la conclusion d'un accord collectif, plus précisément de *“répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi”*<sup>196</sup>.

L'article L. 2254-2 du Code du travail autorise ainsi la modification de l'aménagement du travail, de la mobilité professionnelle et même de la rémunération, qui est normalement l'apanage de la négociation individuelle. Autrement dit, les accords de performance collective peuvent désormais abaisser le niveau des salaires réels dans les conditions de négociation d'un accord normal

---

<sup>196</sup> Article L. 2254-2 Code du travail

d'entreprise.

Or, dans les petites entreprises ces accords seront élaborés par les mêmes modalités que pour tout autre accord d'entreprise alors qu'il emporte des conséquences bien plus importantes que la simple modification des conditions de travail. En effet, l'article L. 2254-2 du Code du travail rend ineffectif le refus du salarié de se voir appliquer les dispositions substitutives de l'APC en lieu et place des dispositions "*contraires et incompatibles*" du contrat de travail. Si refus il y a, celui-ci peut entraîner la prononciation d'un licenciement pourvue d'une cause réelle et sérieuse. Les salariés sont ainsi renvoyés à leur état de subordination, incapables d'organiser la moindre résistance en réponse à la gestion unilatérale de l'employeur.

Cela revient d'une certaine façon, à s'affranchir de la règle selon laquelle l'employeur ne peut unilatéralement modifier le contrat de travail, qui, normalement, fonde et limite le pouvoir unilatéral de l'employeur justement parce que le salarié se soumet volontairement à ce pouvoir<sup>197</sup>. En raison du déséquilibre des négociations qui peut exister dans les petites entreprises, on a pu croire que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2018<sup>198</sup>, entende limiter ces accords aux entreprises dotées de délégués syndicaux<sup>199</sup>. En effet, les Sages subordonnent l'adoption de l'accord "soit" à la signature de l'accord par les organisations syndicales représentative "soit" à l'approbation majoritaire des salariés s'il ne requiert que 30% au moins des suffrages.

Entendues strictement, les conditions d'adoption d'un APC ne dépendent que de l'adoption d'un accord majoritaire dans les entreprises dotées d'une délégation syndicale, empêchant ainsi celles qui en sont dépourvues de prendre de telles mesures.

Malgré cela, certains auteurs voient dans cette application différenciée de l'article L. 2254-2 une situation inégalitaire entre les petites entreprises et les celles d'au moins 50 salariés sur la gestion de l'emploi. Ces dernières auraient tout autant besoin du dispositif que leurs homologues dotées d'une présence syndicale<sup>200</sup>. Bien que l'argument mérite d'être relevé, la difficulté qui naît de la conclusion des APC dans les petites entreprises et notamment celles de moins de 11 salariés ne doit

---

<sup>197</sup> E. Dockès, *Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?*, Le Droit Ouvrier 2015, n°801

<sup>198</sup> C. constit 21 mars 2018, n° 2018-761 DC

<sup>199</sup> G. Auzero, E. Dockès, D. Baugard, *Précis de Droit du travail* 2021, ed 34, Dalloz

<sup>200</sup> Y. Pagnerre, *Les accords de performance collective*, Dr Soc 2018, p. 694

pas être minimisée.

Les conséquences de l'application des accords de performances collective sur les contrats de travail et plus précisément sur la rémunération des salariés associée à l'absence de toute autre contrainte que simplement justifier d'un objectif, lequel ne fait l'objet que de peu de contrôle de la part du juge et s'avère particulièrement défavorable et déséquilibré pour les salariés. En outre, les modalités d'adoptions de ces accords, spécifiquement dans les TPE, présentent un risque pour l'employeur et la santé de l'entreprise.

En effet, du côté du personnel, le projet d'accord risque de ne pas recueillir l'approbation majoritaire des salariés si ceux-ci ne parviennent pas à mettre leurs intérêts personnels de côté et à favoriser celui de l'entreprise. Elle risque alors de se voir priver d'un accord dont elle peut avoir grandement besoin pour sa survie future. De l'autre, imposer aux salariés la diminution du montant de leur salaire, sans qu'aucune négociation préalable n'ait été menée et en brandissant la menace du licenciement en cas de refus rend l'accord davantage illégitime qui ne représente alors que l'expression du pouvoir patronal. La négociation collective et a fortiori, les intérêts de l'entreprise prévalent donc sur la négociation collective et sur le contrat de travail. La liberté conventionnelle de l'employeur, ne souffre ainsi d'aucune limitation de son autonomie contrairement aux grandes entreprises dans lesquelles les syndicats peuvent parvenir à infléchir le pouvoir patronal<sup>201</sup>.

Si pour certains auteurs, la négociation individuelle renforce les inégalités et est le siège d'une négociation encore plus déséquilibrée ce qui expliquerait qu'une négociation collective supérieure au contrat serait davantage bénéfique car constituerait un moyen de rééquilibrer la négociation<sup>202</sup>, celle-ci ne peut s'accomplir dans un contexte de déséquilibre majeur à l'égard d'une partie.

À l'heure actuelle, les trop faibles garanties intrinsèques de la négociation dans les petites entreprises auxquelles se conjuguent le caractère dérogatoire au contrat de travail des accords de performance collective sont insuffisants pour permettre des négociations collectives équilibrées et notamment le rapport de force qui peut s'exercer entre l'employeur et la collectivité de salariés au moment de la conclusion de l'accord

---

<sup>201</sup> E. Dockès, *Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel*, Le Droit Ouvrier 2015, n°801

<sup>202</sup> Ibid

Ainsi, l'importante liberté conventionnelle de l'employeur et le déséquilibre qui règnent dans la conclusion de l'accord ou dans les négociations conduisent à une certaine uniformisation du statut collectif.

## **B - L'uniformisation du statut collectif des salariés des petites entreprises**

L'article L. 2232-10-1 du Code du Travail autorise les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou au niveau interprofessionnel, à conclure des accords-types de branche. Si, comme nous l'avons vu, l'idée est séduisante en ce que ces accords peuvent être considérés comme des figures « rassurantes »<sup>203</sup> en raison de la compétence à négocier des acteurs, aussi bien ceux du côté du patronat que ceux du côté des salariés, ces normes négociées collectivement sont transposées dans l'entreprise sous la forme d'un document unilatéral. Il s'agit d'accorder une certaine marge de manœuvre aux employeurs afin d'adapter les dispositions de la convention collective de branche à l'entreprise. Le seul accord-type conclu faisait état de stipulation à trou que l'employeur devait ensuite compléter à sa convenance.

Par conséquent, malgré l'importante légitimité et la grande qualité de négociation qu'offre ce document, le caractère collectif du processus de négociation ne transparait pas dans la nature de l'acte qui peut s'analyser comme une nouvelle manifestation du pouvoir unilatéral de l'employeur. Ces accords constituent une catégorie de normes supplémentaires dans le statut collectif des salariés des petites entreprises qui prend de plus en plus la couleur de normes unilatérales.

Les normes qui émanent du pouvoir normatif de l'employeur sont de plus en plus diverses. Raison pour laquelle, on peut parler d'uniformisation du statut collectif des salariés dans les petites entreprises.

Traditionnellement, la seule manifestation de ce pouvoir normatif résidait dans l'édiction du règlement intérieur. Autrefois permis jusque dans les entreprises de moins de 20 salariés, la loi PACTE du 22 mai 2019<sup>204</sup> est venue réserver cette obligation aux entreprises d'au moins 50 salariés.

---

<sup>203</sup> F. Canut La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr soc. 2017, p.1033

<sup>204</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises



Bien que certains auteurs soulignent l'absence de marge de manœuvre dans le contenu de cette norme réglementaire<sup>205</sup>, celui-ci étant guidé par les édifications du législateur, le contenu est élaboré uniquement par l'employeur qui l'adaptera en fonction de la situation de l'entreprise. Dans celles où il n'est pas obligatoire, l'on doute que les représentants du personnel existant soient consultés.

À côté du règlement intérieur, ont émergé de multiples documents unilatéraux dit "de droit souple" que sont les chartes et code de bonne conduite. Si ces documents ont une valeur normative de moindre importance, ils bénéficient d'une place de choix dans les petites entreprises. À titre d'exemple, les petites entreprises négocient moins sur la déconnexion que celles d'au moins 50 salariés<sup>206</sup>. Par conséquent, elles préféreront "légiférer" sur ce thème au moyen d'une charte. Cette situation est permise par la loi du 8 août 2016 et la situation est devenue identique concernant le télétravail depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017.

Le professeur Loiseau énonçait que : *"l'hétérogénéité est un trait dominant qui empêche de les regrouper dans un genre commun, à la différence des conventions collectives – la norme patronale est généralement subsidiaire par rapport à la norme conventionnelle*. L'on s'accordera à dire que toutes ces décisions unilatérales sont différentes à la fois par le degré de normativité qui les habitent et par leur objet.

Toutefois dans les petites entreprises, la norme patronale ne voit-elle pas son autonomie réduite par rapport à la norme conventionnelle ? La différence entre les deux actes en présence est de plus en plus floue surtout au regard de leur nature. La nature que l'on peut prêter à l'accord collectif élaboré et conclus dans les petites entreprises est le facteur prépondérant de ce brouillage des frontières.

En effet, de nombreux auteurs s'accordent sur le point de dire que l'accord conclu par le biais du référendum d'entreprise doit être considéré davantage comme une mesure unilatérale que comme un accord collectif dans sa conception traditionnelle. La qualification "d'accord valide" donnée par l'article L. 2232-22 du Code du travail laisse cette impression que la nature d'accord collectif résulte d'une habilitation légale ou d'une fiction juridique plutôt qu'un véritable accord collectif.

---

<sup>205</sup> G. Loiseau, *Le pouvoir normatif de l'employeur* ; Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié

<sup>206</sup> Rapport DGT la négociation collective en 2019

L'absence ou l'altération du processus de négociation à proprement parler ainsi que la conclusion de l'accord par la simple approbation de la collectivité de salarié à la majorité des deux-tiers, atténue fortement le caractère collectif de l'accord d'entreprise. Ces modalités le font passer au second plan, en faveur du caractère purement normatif de la norme qui s'impose à tous, sans qu'ils aient pu exercer la moindre influence sur son élaboration. Pour ce qui est des accords-types, de branche, censés être une norme collective, le caractère collectif n'est pas apparent car il se matérialise par un document unilatéral.

L'ensemble de ces éléments montre que, d'une façon ou d'une autre, l'hétérogénéité du statut collectif des salariés est quelque peu amoindrie. L'employeur assoit plus fortement son pouvoir normatif dans les plus petites entités en raison d'une atténuation du caractère "collectif" des normes négociées. Par conséquent l'exercice du contre-pouvoir afin de limiter la force de l'expression du pouvoir de direction semble complexe.

La réforme des ordonnances de septembre 2017 a rempli son pari de renforcer la production d'accords collectifs et placer "la négociation collective" d'entreprise au centre de l'ordonnancement des normes. Or, la réglementation des relations de travail par l'accord collectif d'entreprise ne peut être efficace si celle-ci ne bénéficie pas d'un minimum de sécurisation dans l'avenir.

## ***Chapitre 2 - La place sécurisée de l'accord collectif dans les petites entreprises***

L'efficacité du droit des conventions collectives et la centralité des normes négociées dans l'entreprise s'affirment donc en dernier lieu par la sécurisation des accords collectifs. Il est laissé peu de possibilité de dénoncer les accords, de les réviser (différence dans les délais pour les entreprises de moins de 11 salariés) alors même que la nature et le régime attribués par la loi à ces accords sont fortement débattus (**Section 1**). On ne pourra pas davantage recourir au juge pour remettre en cause la validité de ces accords, le contentieux ayant également été sécurisé (**Section 2**).

### **Section 1 - La sécurisation législative des accords collectifs dans les petites entreprises**

Les rédacteurs de l'ordonnance de septembre 2017, conscients que les modalités d'élaboration et d'adoption des accords conclus dans les petites entreprises et notamment les accords référendaires des TPE font l'objet de débat sur leur caractère unilatéral, ont entendu sécuriser leur nature juridique d'accords collectif (**Paragraphe 1**). La sécurisation du régime de ces accords leur permet ensuite de s'aligner sur celui des entreprises de plus grande taille (**Paragraphe 2**)

#### ***Paragraphe 1 - La nature sécurisée de l'accord collectif dans les petites entreprises***

Dans les entreprises de plus de 50 salariés la nature juridique de l'accord conclu par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ne pose aucune difficulté. Elle répond parfaitement à la définition selon laquelle, est une convention collective, l'accord conclu entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés en vue fixer les conditions d'emploi, de travail et garanties sociales<sup>207</sup>. L'accord collectif d'entreprise conclu dans conditions « normales » de négociation possède incontestablement une nature contractuelle.

---

<sup>207</sup> G. Auzero, E. Dockès, D. Baugard, Précis de Droit du travail 2021, ed. 34, Dalloz – à savoir que la loi distingue conventions et accords par leur objet et non par leur nature.

Toutefois, il aurait été parfaitement inégalitaire que les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ne puissent pas, elles aussi, conclure des actes ayant la nature de conventions collectives alors qu'elles représentent un nombre important d'entreprises en France. Le droit positif a donc permis aux petites entreprises de conclure des contrats collectifs à la nature de d'accord collectif par l'habilitation progressive des acteurs substitutifs à apposer leur signature à côté de celle de l'employeur sur l'accord régissant les conditions de travail, d'emploi et de garanties sociales.

Ainsi dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, dans lesquelles le système de représentation ne comprend qu'un salarié mandaté et/ou un représentant élu à la délégation du CSE, l'accord résulte de l'accord de deux volontés, celle de l'employeur et celle du membre élu ou du salarié mandaté.

Tous deux disposent de l'habilitation et de la personnalité juridique requise pour être partie à l'acte. Il doit donc être appréhendé comme un contrat au regard de la définition donnée par l'article 1101 du Code civil qui dispose, qu'est un contrat *l'accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre et éteindre des obligations*.

Les rédacteurs de l'ordonnance évitent ainsi aux entreprises de tomber dans l'écueil des accords atypiques, accords qui n'ont "le goût et l'odeur" des conventions collectives mais qui ne sont pas considérés comme de véritables conventions collectives. Leur régime relevant des engagements unilatéraux de l'employeur<sup>208</sup>.

En revanche dans les entreprises de moins de 11 salariés, le caractère contractuel de l'accord collectif se retrouve atténué. En effet si la convention collective est un contrat conclu entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés, l'absence d'organisation de salariés<sup>209</sup> dénie cette nature contractuelle. Cela porte à croire qu'il s'agit davantage d'un acte unilatéral qu'un accord collectif comme l'ont soutenu certains auteurs qui considéraient que l'accord référendaire devait être qualifié d'acte unilatéral sous conditions suspensive<sup>210</sup> ou simplement de décision patronale. Ceci pouvant dès lors remettre en cause la nature contractuelle de l'accord.

Mais si l'accord référendaire ne résulte pas d'une pluralité de volontés en raison de l'absence de

---

<sup>208</sup> G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, Précis de droit du travail, 34ème édition, Dalloz

<sup>209</sup> Juris classeur Lexis nexis négociation collective et nature de l'accord

<sup>210</sup> J. Barthélémy, À propos du référendum, Les Cahiers du DRH, n° 247, 2017

personnalité juridique attribuée à la collectivité de salariés qui ne leur confère pas la qualité de partie à l'acte<sup>211</sup>, l'acte conclu se différencie en tout point de l'accord collectif d'entreprise « de droit commun ». En effet, l'article L. 2232-21 du Code du travail, relatif au projet d'accord soumis à l'approbation de la majorité des deux tiers du personnel, semble conférer une nature différente à l'accord en le considérant *“comme un accord valide”*. Toutefois, au regard du droit civil l'accord unilatéral de volonté conserve sa nature d'acte contractuel. L'article 1100-1 du Code civil<sup>212</sup> disposant que les actes conventionnels unilatéraux *“obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats”*.

On remarquera surtout l'absence de l'emploi explicite du terme *“accord collectif”*. Cette absence de caractère collectif de l'acte apparaît relativement aisément au regard des modalités de son élaboration. Nous l'avons vu, cet accord ne fait, en théorie, l'objet d'aucune négociation préalable entre l'employeur et les salariés puisqu'il est élaboré unilatéralement par le chef d'entreprise. Le législateur n'admet-il pas implicitement que l'absence de négociation préalable à la conclusion de l'accord ne lui permet pas de qualifier cet acte comme un véritable accord collectif ?

En outre, une convention revêt un caractère collectif parce qu'elle est signée par une pluralité de cocontractants. En l'occurrence dans les entreprises de moins de 11 salariés, le personnel, pas plus que les salariés pris dans leur individualité ne sont signataires de l'accord. Le référendum, porté par l'adaptation de la règle majoritaire, ne conditionne que l'opposabilité des dispositions à l'égard des salariés. Une partie de la doctrine s'accorde donc à dire qu'il s'agit d'un acte unilatéral sous condition suspensive<sup>213</sup>, la condition étant l'approbation à la majorité des deux tiers.

Ainsi un accord ne faisant pas réellement l'objet de négociation, élaboré unilatéralement se rapproche davantage, voire se confond avec l'engagement unilatéral pris par l'employeur. Toutefois l'ordonnance du 22 septembre 2017 est venue sécuriser l'ensemble contractuel au moyen d'une fiction juridique. Autrement dit, par effet de la loi, l'accord unilatéral élaboré et signé par l'employeur est assimilé à un accord collectif au sens classique du terme.

---

<sup>211</sup> V. Cohen-Donsimoni, *Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif*, Dr Soc. 2018 p. 422

<sup>212</sup> Y. Pagnerre, *Droit des contrats et accords collectifs de travail, regards croisés*, Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié.

<sup>213</sup> J. Barthélémy préc.

Si une telle disposition peut prêter à discussion, elle s'avère particulièrement utile pour les petites entreprises qui peuvent désormais bénéficier du champ contractuel de l'accord collectif d'entreprise sans devoir s'en remettre à un engagement unilatéral dont le régime est fondamentalement différent.

## ***Paragraphe 2 - Le régime sécurisé de l'accord issu de la négociation substitutive***

La représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise pourvues de délégués syndicaux confère un effet réglementaire à l'accord collectif. Parce que ces organisations syndicales représentent l'intérêt collectif de la profession, l'accord est rendu opposable à l'ensemble du personnel de l'entreprise, quand bien même certains travailleurs n'ont pas adhéré aux syndicats signataires. Les conventions collectives, et a fortiori les accords collectifs d'entreprise ont donc un effet réglementaire qui concerne l'ensemble des membres de la collectivité de travail.

Pour ce qui est de la négociation substitutive dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, l'article L. 2232-23-1 du Code du travail envisage les modalités de l'évolution de l'accord selon l'acteur peut réviser l'accord dans les mêmes conditions que l'accord a été conclu avec un salarié mandaté ou avec un élu, cela ne pose donc aucun problème.

En revanche, rien n'est dit quant à la dénonciation de l'accord lorsqu'un acteur substitutif de la négociation est en place dans l'entreprise. Cela peut paraître étonnant quand on sait que les modalités de dénonciation ont été prévues dans les entreprises à l'effectif encore plus réduit.

L'absence de dispositions en ce sens n'est pas compatible avec le principe de l'interdiction des engagements perpétuels et selon la doctrine majoritaire il est nécessaire de recourir au principe de parallélisme des formes<sup>214</sup> notamment pour régler la question d'un renouvellement du mode de représentation. Ainsi, il sera recouru au référendum pour approuver la décision de réviser l'accord et seuls les élus ayant obtenu la majorité des suffrages aux dernières élections professionnelles pourront dénoncer l'accord. Il est à noter que ce principe de parallélisme des formes ne favorise pas la dénonciation par un salarié mandaté, encore faut-il convaincre les salariés de la nécessité de

---

<sup>214</sup> S. Béal, M. Marguerite, *Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical*, JCP E 2017, 1641 ; V. Cohen-Dossimoni, *Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif*, Dr Soc 2018, p. 422.

dénoncer un accord dont ils n'ont que peu de connaissance sur le sujet. Pour parer à toute hésitation, peut-être serait-il davantage opportun, pour ces entreprises d'opter pour des accords à durée déterminée<sup>215</sup>.

Les accords collectifs conclus dans les entreprises d'au moins 50 salariés sont dénoncés selon les modalités prévues par les articles L. 2261-9 et L. 2261-11 du Code du Travail. L'article L. 2232-22 du Code du Travail soumet la dénonciation des accords collectifs conclus dans les entreprises de moins de 11 salariés aux mêmes modalités en renvoyant également aux dispositions précitées

Si à première vue le caractère dérogatoire de la négociation collective dans les petites entreprises s'efface quelque peu quant à son régime juridique et devient donc relativement semblable à celui des entreprises pourvues de délégué syndical, une première contradiction se doit d'être soulignée. Dans les entreprises de moins de 11 salariés dans lesquelles sont conclus des accords référendaires, le personnel n'est pas considéré comme une partie signataire de l'accord. Seul l'employeur relève de cette qualité. Or l'article L. 2261-9 du Code du Travail, prête à confusion lorsqu'il dispose en des termes clairs que « *La convention et l'accord peuvent être dénoncés par les parties signataires* ».

Si la collectivité du personnel ne peut être appréhendée comme signataire de l'accord, pourquoi alors les considérer comme tels pour l'application des dispositions relatives à la révision et à la dénonciation de l'accord ? Il faut donc comprendre que l'employeur suffit à lui-seul à accorder la légitimité pleine et entière de l'accord. Ceci est particulièrement contestable.

Sans être véritablement considérés comme signataires de l'accord, ce qui leur permettrait de véritablement prendre part à la négociation des accords et, notamment, d'être créanciers d'une obligation d'information de la part de l'employeur, les rédacteurs de l'ordonnance ont simplement préféré conférer à la collectivité de salariés la faculté de dénoncer l'accord. Cette initiative donnée aux salariés de remettre en cause l'accord collectif, chose que n'avait pas fait la loi de 2015 lorsqu'elle s'était intéressée à la négociation dérogatoire, a été saluée par certains auteurs<sup>216</sup>. C'est en effet l'un des avantages que possède l'accord collectif face à l'engagement unilatéral de l'employeur, qui ne peut être dénoncé que par lui seul.

---

<sup>215</sup> A. Mazeaud, *La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical*, Dr Soc. 2009 p. 669.

<sup>216</sup> G. Francois *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises*, Dr Soc. 2019, p. 1066

Il existe une double difficulté pratique pour que les salariés puissent dénoncer l'accord. D'une part, la formulation de l'article L. 2232-22 du Code du travail oblige les salariés qui souhaitent dénoncer l'accord à « se démasquer »<sup>217</sup>. Par conséquent, en raison du manque d'indépendance et de protection contre le licenciement dont font l'objet les salariés des TPE, on doute fortement que la collectivité de travailleurs se saisisse la possibilité offerte de dénoncer l'accord sans ressentir la crainte de la réaction de leur employeur et des risques de tension qui pourrait résulter.

D'autre part, quand bien même la collectivité de travailleurs souhaiterait s'engager dans un processus de dénonciation de l'accord, l'article L. 2232-22 du Code du travail, issu de l'ordonnance de septembre 2017, instaure une inégalité entre l'employeur et les salariés. Dans les entreprises de moins de 11 salariés, l'employeur n'est aucunement restreint dans le temps pour dénoncer l'accord, quand les salariés ne peuvent dénoncer l'accord que pendant un mois avant chaque date anniversaire de l'accord. N'existe-t-il pas dès lors une différence de traitement ? Comment celle-ci peut-elle être justifiée ? Selon la doctrine cela devrait donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité<sup>218</sup>. Doit percevoir ici la volonté du législateur de mieux sécuriser les accords collectifs contre une « *dénonciation impétueuse* » de la part des salariés<sup>219</sup> ?

Ces deux obstacles constituent indubitablement, un moyen offert à l'employeur de sécuriser les accords collectifs qu'il a lui-même élaboré. Le droit du travail renforce le déséquilibre des négociations. Il convient de voir s'il est possible de remettre en cause les accords collectifs autrement, notamment lors d'un contentieux devant le juge.

## **Section 2 - La sécurisation contentieuse des accords collectifs dans les petites entreprises**

Finalement, afin de renforcer encore plus l'assise des accords collectifs, les rédacteurs ont cru bon de sécuriser le contentieux des accords collectifs. Dans les petites entreprises, la nature hybride des accords nous amène à penser qu'une remise par le droit des contrats aurait pu être bénéfique. Cela

---

<sup>217</sup> Y. Leroy, La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? Dr Soc. 2020 p.854

<sup>218</sup> Y. Leroy préc.

<sup>219</sup> A. Fabre, *L'accord référendaire dans les TPE*, BJT oct. 2019, n° 112, p. 53



se révèle en réalité complètement utopique (**Paragraphe 1**). Le retour à la réalité est plus difficile encore à accepter lorsque l'on constate les efforts mis en œuvre pour affaiblir le rôle du juge par rapport au contrôle que ce dernier peut exercer sur l'accord (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1 - Une remise en cause utopique de l'accord par le droit des contrats***

Nous ne pouvons ignorer les liens que le droit des conventions collectives entretient avec le droit commun des contrats. C'est d'ailleurs un sujet qui a souvent animé la doctrine. Pour le rappeler, selon la dualité de Durant, l'accord collectif revêt une nature contractuelle lors de sa formation et une nature contractuelle quant à ses effets.

Sa remise en cause par les salariés en utilisant le droit du travail apparaît relativement difficile. Dès lors, ne pourrait-on pas utiliser cette nature contractuelle et remettre en cause l'accord par le recours au droit commun des contrats afin de *contrebalancer cette sanctuarisation* de l'accord collectif dans les petites entreprises<sup>220</sup>?

Certains auteurs ont mis en avant que l'accord collectif conclu dans les entreprises de moins de 11 salariés, dans lesquelles le référendum est le mode dérogatoire ou substitutif de négociation, pouvait s'apparenter à un contrat d'adhésion<sup>221</sup>. Ce contrat, selon la définition prescrite par l'article 1110, est celui *qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties*. Il se différencie ainsi de l'accord conclu dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux, ou même de représentants élus ou mandatés, qui se rapprochent davantage des contrats de gré à gré, qui selon le même article, sont des contrats dont les stipulations font l'objet d'une négociation entre les parties.

L'énoncé de cet article semble parfaitement correspondre avec la réalité de l'accord référendaire. L'élaboration unilatérale de l'accord par l'employeur – *déterminé à l'avance par l'une des parties* – l'absence de négociation et la réponse binaire que les salariés doivent apporter par leur vote – *un ensemble de clauses non négociables*.

---

<sup>220</sup> L. Bento de Carvalhalo, *Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion* (Part 1), Dr soc 2019 p. 867

<sup>221</sup> Notamment L. Bento de Carvalho préc.

En sus de cet article, il pourrait être effectivement application de l'article 1111-2 faisant naître un véritable devoir d'information à l'égard de la partie « faible », de manière à lui assurer un consentement véritablement libre et éclairé.

Si lors d'un contentieux le juge prenait la décision de qualifier l'accord comme tel cela pourrait, par ailleurs, emporter son lot de conséquences positive car de cette qualification découlerait l'application de l'article 1171 du Code civil selon lequel, *est réputée non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties*. Cela offrirait à tout salarié qui s'estime lésé par l'application de l'accord un moyen supplémentaire d'agir devant le juge pour tenter de faire dire non écrite une clause de l'accord<sup>222</sup>. De même, en vertu de cette qualification, l'accord collectif pourrait être interprété « *contre celui qui l'a proposé* », conformément à l'article 1190 du Code civil<sup>223</sup>.

Mais finalement l'application se révèle relativement compliquée en raison des limites inhérentes à l'accord collectif d'une part et à l'appréciation « déséquilibre significatif ». Si une modulation du temps de travail importante mais faiblement rémunérée pourrait éventuellement créer un déséquilibre significatif, une majoration d'heures supplémentaire au taux inférieur à celui prescrit par l'accord de branche ne créerait pas un tel déséquilibre.

D'une manière générale, remettre en cause les clauses de l'accord collectif de cette façon ne sera pas facile en raison du caractère contrat synallagmatique. Or l'application de l'article 1171 concerne davantage les contrats synallagmatiques. Par nature, un accord collectif ne met aucune obligation à la charge des salariés. Il est vrai que l'on peut retoquer cet argument en admettant que les accords de performance collective peuvent faire naître une obligation en imposant aux salariés une diminution de leur rémunération. C'est peut-être la seule chance permise<sup>224</sup> car le rôle du juge n'est pas suffisant pour remettre en cause les accords collectifs.

---

<sup>222</sup> F. Canut, *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr Soc, 2017 p.1033

<sup>223</sup> A. Fabre, *L'accord référendaire dans les TPE*, BJT

<sup>224</sup> L. Bento de Carvalho, *Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion* (Seconde partie), Dr soc. 2019 p.950

## ***Paragraphe 2 - La sécurisation des accords par l'affaiblissement du contrôle du juge***

L'étude d'impact de la loi d'habilitation des ordonnances de septembre 2017 poursuit l'objectif de sécuriser la négociation collective dans son rapport au contrôle du juge, afin de gagner la confiance des acteurs de la négociation vis-à-vis du mode de production des accords collectifs.

Depuis quelques années maintenant, un consensus se dégage sur l'affaiblissement de l'intensité du contrôle des accords collectifs par le juge judiciaire. Cet affaiblissement s'explique par la réforme de la représentativité syndicale dans l'entreprise qui depuis la loi du 20 août 2008 est basée sur l'audience électorale recueillie par les organisations syndicales dans l'entreprise<sup>225</sup>. La légitimité des acteurs de la négociation renforcée grâce à la règle majoritaire, l'accord collectif conclu gagne en légitimité. Par conséquent, le juge est moins légitime à exercer un contrôle poussé sur l'acte. Prime désormais l'adage selon lequel "qui dit conventionnel, dit juste".

Mais cette situation ne tient pas compte des petites entreprises et de la légitimité relative des négociateurs substitutifs. Mettre toutes les entreprises sur un pied d'égalité alors que les salariés mandatés ou les élus titulaires au CSE ne font l'objet que d'une adaptation de la règle majoritaire laisse une marge de manœuvre plus importante à l'employeur et renforce davantage sa position dans l'élaboration de la norme négociée. Encore une fois, la rédaction de l'ordonnance ne prend pas suffisamment en compte les particularismes liés aux représentants des salariés dans les petites entreprises. Cela illustre les conséquences d'une carence de la reconnaissance d'un statut des petites entreprises. Il aurait été préférable d'adapter l'intensité du contrôle du juge à la légitimité des représentants de ces entreprises, et ce d'autant plus lorsqu'il n'existe aucune représentation.

En outre, l'exercice d'une action en nullité est particulièrement difficile à mettre en œuvre notamment par l'enfermement des délais stricts pour agir en nullité de l'accord. En effet la loi de ratification du 29 mars 2018 a inséré dans le Code du Travail l'article L. 2264-14-1 selon lequel, le juge rend sa décision relative à la nullité d'un accord collectif dans un délai de six. « *Le souci de traitement rapide du contentieux de la nullité est manifeste, au service d'une recherche constante de*

---

<sup>225</sup> P-H. Antonmattei, *Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations*, Dr soc. 2017, p.425

« *sécurisation* » des *employeurs* » résume parfaitement le professeur Baugard<sup>226</sup>.

L'importante jurisprudence de la Cour de cassation suite aux arrêts du 27 janvier 2015 qui consacrait une présomption de conformité à la loi des accords collectifs lorsque ceux-ci instituaient une différence de traitement entre des catégories de salariés, n'a pas été retenue par les rédacteurs de l'ordonnance. Notons que, dans un avis du 22 juin 2017, le Conseil d'État n'était pas favorable à faire de cette jurisprudence une présomption de conformité des accords collectifs à la loi en ce que cela « *présente des risques, notamment constitutionnels, au regard du droit au recours* ».

Ils ont préféré aménager le régime de la preuve de l'illégalité, de la non-conformité ou de l'absence de justification de l'acte contesté. Il a pour cela été introduit l'article L. 2262-13 dans le Code du Travail. Il est disposé que celui qui conteste la légalité de l'acte doit en apporter la preuve. Cela signifie que dans les TPE, un salarié en état de subordination qui ne bénéficie d'aucun statut protecteur contrairement aux représentants existant dans les entreprises de taille supérieur devra lui-même engager l'action en nullité et prouver cette illégalité. Cela risque d'être plus difficile encore en raison du mutisme du texte sur les modalités du régime probatoire à mettre en œuvre<sup>227</sup>.

La menace de la nullité de l'accord élaboré et conclu par l'employeur est moins effective dans les petites entreprises que celles-ci s'affranchissent également du contentieux relatif à la loyauté des négociations façonné par la Cour de cassation. Comme il l'a été traité précédemment, celui s'exprime relativement à la négociation obligation ou lors de la mise en œuvre d'un accord de méthode. Même si cette technique doit être encouragée dans les petites entreprises encore faut-il que l'employeur le veuille.

---

<sup>226</sup> D. Baugard, *Cantonner le rôle et les pouvoirs du juge judiciaire*, Retour sur les ordonnances Macron, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2020

<sup>227</sup> D. Baugard préc.

## Conclusion

La mise en retrait de la représentation substitutive dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux s'analyse comme la principale cause d'une négociation collective dénuée de tout caractère authentique. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance, avec la bénédiction de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, se sont attachés à ne porter atteinte principe de participation ni à la liberté syndicale mais la faiblesse des moyens accordés et la volonté de pallier l'absence de délégué syndical a laissé place à un allègement ou une "simplification" pour reprendre les mots de l'étude d'impact de la loi d'habilité tellement important que toute idée de négociation entendue en tant que débat ou de confrontation d'intérêt a disparu et a été réduite à l'image d'une consultation de la collectivité des salariés simplifiée à son paroxysme grâce à la consécration du référendum d'entreprise.

La conséquence la plus directe de ce recul de l'implication des représentants du personnel lors de la négociation est inévitablement, en sus de la disparition de toute idée de négociation, l'altération du caractère collectif de celles-ci et donc d'une certaine manière, de l'accord. Du fait de l'absence de tout contre-pouvoir, l'employeur se retrouve seul maître à bord du processus d'élaboration des accords d'entreprise. Son pouvoir normatif s'exprime donc sans limite.

Cela a pour effet de développer fortement la production d'accords collectifs, volonté première des rédacteurs de l'ordonnance de septembre 2017. C'est sous cet angle que l'on peut dire de la négociation collective qu'elle occupe une place centrale vis-à-vis des autres normes régissant les relations de travail, que sont la loi impérative ou supplétive ainsi que les conventions collectives issues de la négociation collective de branche ou interprofessionnelle. Dans ces conditions, il est clair que la négociation collective ne fait pas du progrès social l'une de ses priorités.

Une négociation sans négociation anime forcément le débat sur la nature et le régime des actes élaborés. Pour pallier toute difficulté, le modèle a été sécurisé pour éviter toute remise en cause intempestive et instaurer un climat de confiance envers les petites entreprises, désormais destinataire du droit de la négociation collective au détriment des salariés et de leurs représentants.

# **Bibliographie**

## **Manuels et Ouvrages généraux**

- G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 9ème éd. 2011.
- G. Auzero, D. Baugard E. Dockès, Précis de droit du travail, 34ème édition, Dalloz, 2021.

## **Ouvrages spéciaux**

- F. Géa, *Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* 1ère édition, Dalloz, Thèmes & commentaires
- B. Dabosville, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Thèses, Dalloz, 2011
- I. Kappopoulos, *Un nouveau droit de la négociation collective Essai sur la négociation organisationnelle*, Thèse, 2010
- Mélanges offerts à Geneviève Pignarres, LGDJ, 2018
- Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié, LGDJ, 2019
- *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2001

## **Articles de revues**

- P. Adam, *Négociation collective sans délégué syndical : la loi de l'antiarithmétique*, Sem. So. Lamy, 2019, n°1873
- P. Adam, *Entreprises de moins de cinquante salariés, CSE d'établissement et CSE central*, Dr soc. 2020, p.956
- P. Adam, *La ruée vers l'or(dre néolibéral) Sur un western juridique moderne...*, Le Droit Ouvrier 2018, n°836
- N. Anciaux, *La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés - Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée*, JCP S 2020, 1072
- P-H. Antonmattei, *Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence*, Dr Soc. 2019 p.198
- P-H. Antonmattei, *Le juge judiciaire et l'accord collectif: brèves observations*, Dr. Soc. 2017,

- A. Astaix, *Démocratie sociale : mesures d'audience des syndicats dans les TPE*, Dalloz actualité, 2010
- L. Aluome et V. Armillei, *Conventions et accords collectifs - La négociation collective des accords de substitution en l'absence de délégué syndical*, JCP S n° 51, 2020, 3114
- G. Auzero, *Les transformations du comité social et économique*, JCP S n° 26, Juillet 2018, 1227
- G. Auzero, *Conventions d'entreprise et conventions de branche*, Dr soc. 2017 p.1018
- G. Auzero, *L'exigence de loyauté en matière de négociation collective*, Mélanges offerts à Geneviève Pignarres, LGDJ, 2018
- G. Auzero, G. François, *Controverse : Faut-il reconnaître la personnalité juridique au « petit » comité social et économique ?* RDT 2021 p.289
- D. Baugard, *L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié - De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ?* JCP SSocial n° 1297, 2019,
- C. Baumgarten, G. Étievant, A. Ghénim, L. Milet et F. Signoretto, *Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises*, Le droit ouvrier 2017, n°830
- J. Barthélémy, *À propos du référendum*, Les Cahiers du DRH, n° 247, 2017
- J. Barthélémy, *La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise*, Dr soc 1990 p.580
- B. Bauduin, *La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés*, Dr Soc. 2018, p.682
- L. Bento de Carvalho, *Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Première partie)*, Dr soc. 2019 p.867
- L. Bento de Carvalho, *Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Seconde partie)*, Dr soc. 2019 p.950
- S. Bérout, *Quel droit à la participation après la mise en place de la représentation universelle ?* RDT 2015 p.584
- L. Bonnard-Plancke, *Représentation du personnel : la démocratie sociale, tel le Phénix...*, Juris associations 2009, n°391, p.35
- H. de Brier, *Les aménagements conventionnels des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015*, RDT 2016 p.599
- F. Canut, *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr soc. 2017, p.1033

- F. Canut, *Négociation dans les entreprises de 11 à 49 salariés dépourvues de délégué syndical : validité du décret du 10 novembre 2017 déterminant les modalités de consultation des salariés*, BJT avril 2019, n° 111, p. 23
- A. Charbonneau, L. Lerouge, *Une « personne de confiance » pour favoriser le dialogue sur le travail et la santé-sécurité*, Dr Soc. 2016 p.534
- V. Cohen-Donsimoni, *Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif*, Dr Soc. 2018, p. 422
- J-D. Combrexelle, *La réforme de la représentativité syndicale : vue de la salle des machines*, Dr Soc. 2013 p.932
- B. Dabosville, *Le référendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale*, Le droit ouvrier 2019, n° 852
- J. Dirringer, *Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique*, Le Droit Ouvrier 2016, n°811
- E. Dockès, *Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?*, Le Droit Ouvrier 2015, n°801
- A. Fabre P. Sampietro, *L'accord référendaire dans les TPE*, BJT oct. 2019, n° 112e1, p. 53
- A. Fabre, *Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises*, Le Droit Ouvrier 2018, n°840
- F. Favennec-Héry, *Les PME dans les ordonnances Macron*, Dr Soc. 2018, p.46
- Y. Ferkane, *Syndicats et négociation collective*, Dr Soc. 2020 p.119
- Y. Ferkane, *Le CSE comme agent de la négociation*, Le droit ouvrier 2020, n°865
- G. François, *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Première partie)*, Dr soc. 2019 p.956
- G. François, *Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Seconde partie)*, Dr soc. 2019 p.1066
- B. Gauriau, *Le référendum, un préalable nécessaire ?* Dr Soc 1998 p.338
- J. Icard, *Négociation collective et petite entreprise*, Cah. Soc. juill. 2018, n° 123n7, p. 363
- J. Krivine, *« Les Dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées*, Le Droit Ouvrier 2018, n°836
- F. Laronze, *La communauté de travail : de la diversité constatée à l'unité recherchée des intérêts*, Le droit ouvrier 2019, n° 852



- Y. Leroy, *La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ?*, Dr Soc. 2020 p.854
- G. Loiseau, *Le pouvoir normatif de l'employeur*, Mélanges en l'honneur du professeur B. Teyssié
- G. Loiseau, *La personnalité juridique du comité social et économique des entreprises de moins de cinquante salariés*, BJT janv. 2019, n° 110y3, p. 23
- P. Lokiec, *Démocratie représentative et démocratie directe*, Dr Soc 2019 p.201
- G. Lyon-Caen, *Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective* Dr soc. 2003, p.355
- A. Mazeaud, *La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical*, Dr Soc. 2009 p.669
- C. Mariano, *Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical*, BJT avril 2020, n° 113h7, p. 44
- I. Meftah, *La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication*, Le droit ouvrier 2020, n°865
- I. Meyrat, *Liberté syndicale, liberté fondamentale*, Dr soc. 2020, p 107
- M. Miné, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi n°84, Octobre 2000
- L. Milet, *L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise*, Le Droit Ouvrier 2014, n°792
- L. Milet, *L'accès à l'information des membres du CSE*, Le droit ouvrier 2020, n°863
- M. Morand, *Les accords types de branche*, Sem So Lamy, 2017, n°1757
- M-L. Morin, *Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail*, Le Droit Ouvrier 2017, n°831
- M-L. Morin, *Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective*, Le Droit Ouvrier 2018, n°836
- J. Morin, *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Le Droit Ouvrier 2018, n°840
- S. Nadal, *La représentation universelle des salariés des très petites entreprises : derrière l'ambition annoncée, le minimalisme d'une réforme*, RDT 2015, p.622

- I. Odoul-Asorey, *Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel*, Le Droit Ouvrier 2016, n°816
- I. Odoul-Asorey, *Candidature aux élections TPE : respect des valeurs républicaines et indépendance*, RDT 2016 p.715
- I. Odoul-Asorey, *Les temps modernes : entre résistance et soumission du contrat de travail face à l'accord collectif*, Le Droit Ouvrier 2015, n°801
- Y. Pagnerre, *Les accords de branche*, Cah. Soc. Mai 2017, n° 120, p. 273
- Y. Pagnerre, *Modulation judiciaire de l'annulation d'une clause d'un accord collectif*, JCP S n°1081, 2021,
- Y. Pagnerre, *Les accords de performance collective*, Dr Soc 2018, p. 694
- J-F. Paulin, *Représentation des salariés - Les CPRI : quelle vision du droit à la participation des salariés ?*, Juris associations 2016, n°538, p.41
- F. Petit, *Vers une représentation universelle des salariés*, Dr Soc. 2015 p.873
- J-C Sciberras, *Comment renforcer le dialogue social en France ?*, Dr Soc. 2019 p.224
- M. Vericel, *Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise*, Dr Soc. 2018 p.924
- S. Sereno, *Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique*, Dr soc. 2019 p.402
- P-Y. Verkindt, *De la consultation à la négociation : questions de procédure*, Dr soc 1998 p.321
- P-Y. Verkindt, *Entre la représentation et la négociation, les droits de la collectivité des salariés*, Le droit ouvrier 2019
- F. Rosa, *La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales*, Le Droit Ouvrier 2018, n°840
- F. Rosa, *La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE*, Le droit ouvrier 2020, n°865
- P. Rennes, *Dialogue social : les moyens et la fin*, Le Droit Ouvrier 2015, n°803
- M-A. Souriac et G. Borenfreund, *La négociation collective*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2001
- O. Tholozan, *Tradition holiste du droit social et référendum d'entreprise*, Dr soc. 2018, p. 405

- A. Teissier, *Validation de la négociation collective par référendum dans les TPE*, JCP S n° 1151, 2019,
- B. Teyssié, *La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandaté*, Recueil Dalloz 2004 p.2383
- S. Tournaux, *Temps de travail et accords collectifs : quels niveaux, pour quels enjeux ?* Hebdo édition sociale n°750 du 19 juillet 2018

# Table des matières

## Sommaire

Introduction .....	1
--------------------	---

<b><u>Partie 1 - La place subsidiaire de la négociation collective dans le droit à la négociation collective.....</u></b>	<b>10</b>
---	-----------

<b><u>Chapitre 1 - La place renouvelée de la représentation du personnel dans les petites entreprises .....</u></b>	<b>10</b>
---	-----------

Section 1 - Une représentation syndicale atrophiée.....	11
---	----

Paragraphe 1 - L'illusion d'une négociation par le délégué syndical dans les petites entreprises.....	11
---	----

Paragraphe 2 - La diversification des acteurs de la négociation au détriment des organisations syndicales de salariés.....	14
--	----

A - Le salarié mandaté relégué au second plan dans les petites entreprises.....	15
---	----

B - La mise en avant de l' élu non mandaté dans les petites entreprises.....	17
--	----

Section 2 - Une représentation centralisée du personnel des TPE.....	20
--	----

Paragraphe 1 - L'affaiblissement de la représentation dans les très petites entreprises....	21
---	----

A - La raréfaction des représentants du personnel dans les entreprises de moins de 20 salariés.....	21
---	----

B - Des représentants du personnel inexistant dans les TPE.....	24
---	----

Paragraphe 2 - La mise en place d'une représentation universelle des salariés.....	26
--	----

<b><u>Chapitre 2 - La place réduite de la négociation préconventionnelle dans les petites entreprises .....</u></b>	<b>29</b>
---	-----------

Section 1 - L'accès à une négociation collective équilibrée.....	29
--	----

Paragraphe 1 - L'expression réciproque des intérêts en présence.....	30
--	----

A - La difficile structuration de l'intérêt collectif de la profession dans les petites entreprises.....	30
--	----

B - Une concertation des salariés à deux vitesses.....	33
--	----

Paragraphe 2 - La loyauté des négociations par l'accomplissement d'un devoir d'information.....	36
---	----

<i>A - Un devoir atténué de l'employeur de délivrer l'information dans les petites entreprises.....</i>	<i>36</i>
---	-----------

<i>B - Un accès facultatif à l'information pour les salariés des TPE.....</i>	<i>39</i>
---	-----------

<u>Section 2 - La participation active à la négociation collective.....</u>	<u>42</u>
---	-----------

Paragraphe 1 - La compétence des acteurs à négocier.....	42
--	----

<i>A - L'absence de personnalité juridique comme limite au développement de la compétence du CSE.....</i>	<i>42</i>
---	-----------

<i>B - La compréhension facilitée de l'information.....</i>	<i>45</i>
---	-----------

Paragraphe 2 - L'effectivité du droit à la consultation dans l'entreprise.....	47
--	----

<i>A - L'existence d'une réelle consultation dans les PME.....</i>	<i>48</i>
--	-----------

<i>B - Une consultation imparfaite dans les TPE.....</i>	<i>50</i>
--	-----------

## **Partie 2 - La place centrale de la négociation dans le droit des accords collectifs...53**

### **Chapitre 1 - La place renforcée de la négociation collective dans la production normative des petites entreprises .....53**

<u>Section 1 - L'élaboration unilatérale de la norme négociée.....</u>	<u>53</u>
--	-----------

Paragraphe 1 - La prédominance du pouvoir normatif de l'employeur dans l'élaboration de la norme négociée.....	54
--	----

<i>A - Une liberté conventionnelle dénuée de toute contrainte dans les petites entreprises .....</i>	<i>54</i>
--	-----------

<i>B - Une capacité de résistance insuffisante face au pouvoir normatif de l'employeur. .</i>	<i>57</i>
---	-----------

Paragraphe 2 - La maîtrise par l'employeur de légitimité des accords collectifs.....	60
--	----

<i>A - L'adaptation de la règle majoritaire dans les PME.....</i>	<i>60</i>
---	-----------

<i>B - La règle majoritaire adaptée aux TPE.....</i>	<i>63</i>
--	-----------

<u>Section 2 - L'absence d'encadrement du pouvoir normatif de l'employeur.....</u>	<u>65</u>
--	-----------

Paragraphe 1 - L'autonomie de l'accord collectif d'entreprise dans l'ordre juridique social .....	65
---	----

<i>A - Le renforcement de la capacité dérogatoire de l'accord d'entreprise.....</i>	<i>66</i>
---	-----------

<i>B - Le faible rôle régulateur de la branche.....</i>	<i>68</i>
---	-----------

Paragraphe 2 - L'autonomisation de l'accord collectif d'entreprises vis-à-vis du statut collectif des salariés.....	71
---	----

<i>A - L'immixtion de l'accord d'entreprise dans le contrat de travail.....</i>	<i>71</i>
---	-----------

<i>B - L'uniformisation du statut collectif des salariés des petites entreprises.....</i>	<i>74</i>
---	-----------

## **Chapitre 2 - La place sécurisée de l'accord collectif dans les petites entreprises.....77**

### **Section 1 - La sécurisation législative des accords collectifs dans les petites entreprises .....77**

Paragraphe 1 - La nature sécurisée de l'accord collectif dans les petites entreprises.....	77
--	----

Paragraphe 2 - Le régime sécurisé de l'accord issu de la négociation substitutive.....	80
--	----

### **Section 2 - La sécurisation contentieuse des accords collectifs dans les petites entreprises..83**

Paragraphe 1 - Une remise en cause utopique de l'accord par le droit des contrats.....	83
--	----

Paragraphe 2 - La sécurisation des accords par l'affaiblissement du contrôle du juge.....	85
---	----

Conclusion.....	87
-----------------	----

Bibliographie

Table des matières