

Les ordonnances Macron tentent de sanctuariser la répression du travailleur refusant d'adhérer aux sacrifices voulus par la célébration consensuelle des « nécessités du fonctionnement de l'entreprise » par Pascal MOUSSY

Les ordonnances Macron ont incontestablement pour ambition d'imprimer leur marque dans l'évolution du droit du travail. Dans la présentation qu'il a faite de ces ordonnances, Antoine LYON-CAEN a relevé que la première des préoccupations « majeures » qui les animent est de favoriser « *l'essor de l'autonomie normative des entreprises et des salariés* ». ¹

Il a aussi été souligné que ces textes recherchant la conclusion à tout prix d'un « accord d'entreprise » sont porteurs d'une « *profonde dévaluation sociale* ». « *Principalement, il s'agit de permettre par des accords d'entreprise d'abaisser les coûts générant les règles établies par un accord de branche. De là la faculté dorénavant reconnue à un accord d'entreprise, même survenu sans négociation, d'écarter l'application de rémunérations prévues par une convention collective de branche. Il s'agit aussi de permettre à un accord collectif d'entreprise de réduire les coûts qui résultent du jeu normal des clauses des contrats de travail* ». ²

La diminution du coût du travail est notamment promue par le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail ³ qui permet l'« aménagement » de la rémunération ⁴ par un accord d'entreprise conclu non seulement dans le but de préserver ou de développer l'emploi mais également en vue de « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* ». Les effets des dispositions de l'accord collectif procédant à la révision du montant de la rémunération sont clairement précisés par l'article L. 2254-2 : « *Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ».

Le salarié est fortement encouragé à contribuer à l'œuvre collective par les nouvelles dispositions légales qui soulignent qu'un éventuel refus d'adhérer peut être source de tous les dangers. « *Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce*

¹ « En venant, en troisième lieu, aux évolutions que les ordonnances sont appelées à traduire, la ministre du Travail en a retenu trois majeures. La première consiste en l'essor de l'autonomie normative des entreprises et des salariés ; « nous voulons, a-t-elle dit, qu' [ils] décident davantage des règles qui leur sont applicables » (Ass. nat. 10 juill.) » (Ordonnances Macron. Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du code du travail présentées par A. Lyon-CAEN, Dalloz, 2018, 3).

² A. LYON-CAEN, « Les ordonnances portent une profonde dévaluation sociale », Le Monde du 3 octobre 2017.

³ Art. 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

⁴ L'article L. 2254-2 précisant : « dans le respect du salaire minimum interprofessionnel de croissance et des salaires minimas conventionnels mentionnés au 1° du 1 de l'article L. 2253-1 ».

*dernier a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord. Si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse ».*⁵

Tout le monde a compris que le salarié risque de se retrouver confronté à une diminution de sa rémunération à la suite de la conclusion de l'accord collectif. Et il est non moins clair qu'il est désormais hors de question de se prévaloir d'une soi-disant « *supériorité du contrat de travail* »⁶ et de l'exigence d'un motif économique susceptible d'un éventuel contrôle judiciaire⁷ pour tenter de freiner l'ardeur des partenaires à l'accord d'entreprise révisant à la baisse du coût du travail.

Avec l'article L. 2232-21 du Code du travail,⁸ c'est le nouvel « accord d'entreprise » exprimant « *l'autonomie normative des salariés* », conclu par la voie du référendum, qui fait irruption dans les entreprises occupant moins de onze salariés. « *Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévu par le présent code* ».

Découvrant cette innovation, certains ont dénoncé une « *négociation annihilée* ». « *Et pour cause : dans ce cadre, l'employeur peut organiser un référendum sur un « projet d'accord », qu'il aura simplement « communiqué » aux salariés et qu'il aura écrit seul, sans négociation ni concertation avec eux. Le contenu de « ce projet d'accord » et donc d'abord le contenu d'une décision patronale. [...] Il faudra cependant répondre à une question, simple et redoutable : cet « accord », fruit d'une **adhésion** et non d'une **négociation**, mérite-t-il encore la qualification d'accord collectif ?* »⁹

D'autres ont alerté sur les dangers d'une « *participation directe* » présentée ici comme intervenant dans des conditions la rendant peu à même de saisir les enjeux et faisant en définitive la part belle au « *décideur économique* ». « *La participation directe aux décisions nécessite en effet, dès lors que les questions sont*

⁵ Art. L. 2254-2 C. trav.

⁶ « Parler de supériorité dans ce cas de figure est pour le moins paradoxal. Dit-on qu'un sportif domine lorsqu'il ne fait que défendre, qu'il est sur le reculoir ? Ceux qui font acte de résistance sont rarement décrits en position de force ; tout bien considéré, ils expriment moins leur supériorité qu'ils ne révèlent celle de leur adversaire... La « supériorité du contrat de travail » présente indéniablement cette limite ; c'est une formule rhétorique, politique plus qu'une réalité pratique juridique » (A. FABRE, « La supériorité du contrat de travail en question », Dr. Ouv. 2017, 373).

⁷ « Dès lors que le Code du travail affirme, dans le sillage des précédentes réformes, mais selon une formule originale, que « le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse », il n'est plus nécessaire de faire référence au motif économique, même par défaut. » (A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », Semaine sociale Lamy, 2 octobre 2017, n° 1784, 6).

⁸ Art. 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

⁹ P-E BERTHIER, « Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du pouvoir patronal ? », Les Cahiers sociaux n° 302, décembre 2017, 596 et s.

nécessairement complexes, à la fois de s'investir suffisamment pour en comprendre les enjeux, de dépasser, si nécessaire, ses seules préoccupations privées, et d'avoir une vision à long terme. A défaut, la participation directe aboutit à des décisions aléatoires et fluctuantes. En entreprise, la démocratie directe peut en outre conduire à donner la main, en réalité, au décideur économique : la participation directe des salariés, correspond ainsi selon Robert Castel à un « modèle managérial » ».¹⁰

I. Une tentative d'étouffer toute opposition à la connivence dans l'imposition de sacrifices salariaux au nom des « nécessités du fonctionnement de l'entreprise ».

Il a pendant longtemps été acquis que le salarié pouvait puiser dans le contrat de travail une certaine « *capacité de résistance* » s'il entendait ne pas souscrire à une modification de son statut contractuel résultant d'une réorganisation de l'entreprise. « *Commençons par un rappel : dans un système juridique qui définit le rapport de travail comme un contrat, celui-ci est supposé fournir au salarié la justification d'une possible résistance en face d'une réorganisation. Le contrat est opposable aux initiatives de l'employeur et donne une raison de ne pas s'y soumettre* ».¹¹

Tenir le choc devient particulièrement ardu face au coup-de-boutoir donné par le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail qui pose le principe de la soumission du salarié lorsque la modification de son contrat de travail est la résultante d'une réorganisation répondant « *aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » portée par un accord d'entreprise. Encore une fois, il doit être souligné que le refus du salarié d'accepter la modification du contrat de travail permet à l'employeur de procéder à un licenciement reposant sur « *un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ».

Pour être complet, il sera rappelé qu'il y avait déjà eu une tentative. Le projet de loi Aubry relatif à la réduction négociée du temps de travail, qui avait été soumis le 28 juillet 1999 en première lecture à l'Assemblée nationale, traitait, dans son article 15, des conséquences du refus par un salarié de la modification de son contrat de travail consécutive à une réduction du temps de travail organisée par un accord collectif signé par des organisations syndicales majoritaires ou approuvé par une majorité du personnel. « *Dans ce cas, l'application de l'accord constituera une cause réelle et sérieuse de licenciement et un éventuel licenciement sera soumis à la procédure applicable en cas de licenciement individuel. Ces dispositions réalisent ainsi un équilibre entre l'intérêt collectif qui s'attache à la pleine application d'un accord global portant sur la réduction du temps de travail et les droits des salariés concernés quand il y a modification du contrat de travail* ».¹² Exit le contrôle prud'homal de la

¹⁰ L. PECAUT-RIVOLIÉRIER, « Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale » », Les Cahiers sociaux n° 302, décembre 2017, 592.

¹¹ A. LYON-CAEN, « Actualité de la modification », Dr. Ouv. 1996, 87

¹² Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl1786.asp>

cause réelle et sérieuse du licenciement. L'article 30 de la mouture définitive du texte a finalement fait le choix de la sobriété en rétablissant le contrôle judiciaire du motif du licenciement du salarié ayant refusé la modification du contrat de travail induite par l'accord collectif.¹³

Aujourd'hui, l'essai a été transformé. « *L'ordonnance invente un nouveau type de licenciement, un licenciement pour motif économique auquel son nom est retiré et qui est réputé justifié et donc, en principe, soustrait à une appréciation judiciaire* ». ¹⁴

Il est toutefois permis de se demander si ce refus de principe de laisser le juge se forger une conviction sur la légitimité du licenciement est vraiment opposable au salarié qui est convaincu d'avoir d'impérieuses raisons de ne pas se soumettre au dictat affirmé par l'accord d'entreprise.

A. Le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail vante les vertus de l'accord d'entreprise en promettant au réfractaire le licenciement avec cause réelle et sérieuse.

La présentation détaillée des deux ordonnances Macron relatives à la négociation collective, qui s'est notamment intéressée aux relations devenues complexes entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise, a permis de faire ressortir que « *le champ de la primauté de l'accord d'entreprise, jusqu'à présent limité à la durée du travail et aux congés, est bien considérablement élargi* » et que cette « *primauté* » est désormais consacrée en ce qui concerne « *les primes (prime d'ancienneté et prime de 13^e mois par exemple), à l'exception des primes pour travaux dangereux ou insalubres [qui relèvent de l'impérativité de l'accord de branche si celui-ci le prévoit]* ». ¹⁵

Il semble encore acquis que la structure de la rémunération est l'un des éléments essentiels qui constituent le socle contractuel¹⁶ auquel l'employeur ou les signataires d'un accord collectif ne peuvent toucher sans avoir préalablement obtenu l'assentiment du salarié.

La formule est célèbre. « *Un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié* ». ¹⁷ Elle s'est affinée, d'une manière plus précise et plus juste, avec le temps. « *Sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut*

¹³ Voir, à ce sujet, M-A MOREAU, « Le contrat de travail face à la loi relative à réduction du temps de travail », RJS 4/00, 256.

¹⁴ A. LYON-CAEN, Présentation des ordonnances Macron, op. cit. , 21.

¹⁵ Ordonnances Macron. Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du code du travail. op. cit. , 33.

¹⁶ Voir, à ce sujet, Ph. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, 385 et s.

¹⁷ Cass. Soc. 25 février 2003, n° 01-40588, Bull. V, n° 64.

*permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans avoir recueilli l'accord exprès du salarié ».*¹⁸

Avec le nouveau régime issu des ordonnances Macron, tenter de préserver l'élément essentiel du contrat de travail que constitue la prime en refusant de délivrer son consentement paraît relever de la témérité. *« Prenons l'exemple de l'accord d'entreprise qui fixe la prime d'ancienneté à un niveau inférieur à celui de l'accord de branche. Comme nous l'avons vu, il prévaudra puisque les primes figurent dans le bloc 3 (primauté de l'accord d'entreprise). Si de surcroît cet accord est présenté par ses auteurs comme un accord sui generis (il suffira probablement d'indiquer dans le préambule que l'accord est justifié par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ou le maintien de l'emploi et, pour éviter, toute équivoque, qu'il est conclu en vertu de l'article L. 2254-2 du Code du travail, le salarié qui refuse ne bénéficiera pas de la législation sur les licenciements économiques ! [...] Deuxièmement, comme cela était attendu, le texte harmonise le régime du refus du salarié, avec, sur le modèle du régime des accords de développement et de préservation de l'emploi, un licenciement sui generis dont la cause réelle et sérieuse ne peut être contestée... ».*¹⁹

Cet impératif catégorique qui interdit l'appréciation judiciaire de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement conjointement présenté par les signataires de l'accord d'entreprise comme justifié par *« les nécessités du fonctionnement de l'entreprise »* n'a pas ému outre mesure le juge des référés du Conseil d'Etat. La décision du 16 novembre 2017 qui a rejeté la requête tendant à la suspension de l'exécution de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a considéré qu'il n'y avait pas urgence à intervenir. Le juge des référés a relevé avec sagacité que le décret porteur des modalités d'application de la procédure de licenciement du salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail n'était pas encore publié au jour où il était invité à se prononcer. Le principe de l'éjection du contrôle judiciaire n'a pas été considéré comme étant en soi suffisamment choquant - ou critiquable, pour utiliser une expression plus appropriée - pour justifier la suspension de l'exécution des dispositions de l'article L. 2254-2 du Code du travail.²⁰

On peut suspecter le juge des référés du Conseil d'Etat d'avoir ainsi rendu une ordonnance de non-assistance à personne en danger.

La primauté donnée par l'ordonnance du 22 septembre 2017 aux signataires d'un accord d'entreprise pour consacrer la légitimité des *« nécessités du fonctionnement*

¹⁸ Cass. 10 février 2016, n° 14-26147, Bull. V, n° 25. Voir, au sujet de cette « rectification » de la formule, A.JEAMMAUD, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », Revue de droit du travail 2016, 229.

¹⁹ « *Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?* », Entretien avec Pascal LOKIEC, Semaine sociale Lamy du 11 septembre 217, n° 1781, 7.

²⁰ CE, 16 novembre 2017, Confédération générale du travail, n° 415063.

de l'entreprise » permettant d'exclure sans discussion possible le salarié qui refuse de jouer le jeu de la modification en ne donnant pas son accord à l'altération de son contrat de travail a en effet été vivement dénoncée comme une remise en cause manifeste d'une liberté fondamentale attachée à la personne du travailleur. « Répétons-le, le droit français, qui préserve la liberté individuelle, ne fait pas des syndicats des représentants des salariés à titre individuel ! Les syndicats ne peuvent pas donc négocier à leur place les conditions du contrat de travail ».²¹

B. Un dictat pouvant se heurter à des juges prud'homaux n'acceptant pas de se laisser dépouiller de leur pouvoir de garantir la liberté d'expression du travailleur contraint de préserver ses conditions d'existence.

Le Conseil constitutionnel a été sensible à l'objectif présidant à la mise en place des accords prévus à l'article L. 2254-2 du Code du travail. *« En instaurant les accords prévus à l'article L. 2254-2 du code du travail, le législateur a entendu favoriser la préservation et le développement de l'emploi en permettant aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement »*. Il a ensuite souligné que *« le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenue par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »*. Le juge a enfin délivré une décision de validation en considérant que *« le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester le licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues au paragraphe I de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies »*.²²

Le droit à l'emploi est donc garanti au salarié qui a tout loisir de demander au juge si l'accord collectif qui a servi de fondement à son licenciement a bien précisé qu'il a été conclu *« afin de répondre aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi »*. Il n'était pas nécessaire, pour que le droit à l'emploi soit pris en considération, de laisser au juge son pouvoir d'apprécier si le refus du salarié de donner son adhésion à l'amputation de sa rémunération mise en œuvre au nom de l'ajustement de l'organisation de l'entreprise appelait le licenciement comme réponse inéluctable.

Mais ce n'est pas parce que l'article L. 2254-2 est sorti indemne de la saisine du Conseil constitutionnel qu'il est assuré que les juges vont donner une pleine efficacité à ses dispositions qui malmènent le droit à un contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement.

²¹ M-L MORIN, « Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail », Dr. Ouv. 2017, 595.

²² Cons. constit., décision n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017.

Lors du précédent qui avaient vu les partenaires à l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013²³ poser le principe que le refus par un salarié des mesures prévues par un accord de « *maintien de l'emploi* » était de nature à donner lieu à un licenciement pour motif économique « *dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord précité* ». Cette expulsion du juge avait été remarquée comme contraire aux articles 8 et 9 de la convention OIT n° 158 « *concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur* ».²⁴

Ce manquement aux exigences posés par les articles 8 et 9 de la convention n° 158 a également été observé à l'occasion du commentaire des dispositions de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 « *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* » soulignant que le licenciement du salarié refusant de se voir appliquer les dispositions d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi « *repose sur une cause réelle et sérieuse* ».²⁵

Les dispositions de l'actuel article L. 2254-2 du Code du travail, à leur tour, ne sauraient échapper au grief d'inconventionnalité.

L'article 8 de la convention OIT n° 158 est clair : « *Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une **mesure de licenciement injustifiée** aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre* ».

L'article 9 est non moins explicite. Il indique dans son premier alinéa que « *les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et **à décider si le licenciement était justifié*** ». Il précise plus loin qu'« *en cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à déterminer si ce licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leur pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier si ce licenciement sera définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention* ».²⁶

²³ La CFDT, la CFTC et la CFE-CGC, du côté des organisations syndicales représentatives censées défendre les intérêts des salariés.

²⁴ Voir, notamment, P. MOUSSY, « L'ANI du 11 janvier 2013 : un accord signé par les « chiens de garde » de la flexibilité », Chronique Ouvrière du 18 mars 2013, <http://www.chronique-ouvriere.fr/spip.php?article694>

²⁵ D. BAUGARD et L. GRATTON, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. Soc. 2016, 753.

²⁶ Art. 1 de la convention OIT n° 158 : « *Pour autant que l'application de la présente convention n'est pas assurée par voie de convention collective, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, elle devra l'être par voie de législation nationale* ».

L'article L. 2254-2 du Code du travail manque indiscutablement aux obligations nées de la convention n° 158. En décrétant que le licenciement « *repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* », il ne précise pas quelle est l'étendue des pouvoirs du juge pour s'assurer de la justification du licenciement dont il a été vérifié qu'il a bien été prononcé pour un motif tiré des nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Il fait purement et simplement disparaître l'autonomie du pouvoir judiciaire dans son appréciation de la justification du licenciement par l'employeur. Il ne s'agit pas de l'aménagement envisagé par le dernier alinéa de l'article 9 de la convention n° 15, mais d'une véritable éviction de l'organisme impartial.

Les juges prud'homaux qui auront à cœur de ne se pas laisser dépouiller indûment de leur pouvoir d'appréciation sauront se souvenir du précédent du Contrat Nouvelle Emabuche. A l'époque, certains d'entre eux avaient accueilli les arguments qui leur demandaient de déclarer non applicables des textes du code du travail contraires aux dispositions de la convention n° 158 de l'OIT et de juger le litige conformément à des règles d'ordre public en totale harmonie avec les principes conventionnels.²⁷

Il appartiendra dès lors aux juges militant pour leurs droits de ne pas laisser brider par les dispositions du nouvel article L. 2254-2 et d'exercer leur entier contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement du salarié ayant refusé d'adhérer à la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord collectif soucieux de répondre aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* ».

Il reste à déterminer au regard de quelles règles pourrait s'apprécier la proportionnalité attachée à la vérification d'une cause sérieuse de licenciement.

L'attention de ceux qui brandissent d'une manière incantatoire comme bouclier le respect de « *la force obligatoire du contrat* » a été attirée sur le fait que la référence au « *dogme civiliste* » ne saurait en elle-même permettre de légitimer le refus du salarié. Il serait préférable de s'appuyer sur des exigences plus concrètes. « *Il me semble cependant que, dans la balance des intérêts, ces considérations concrètes devraient peser plus lourd qu'un principe abstrait à la consistance parfois évanescence, et qu'elles permettraient de trouver un meilleur équilibre entre les accords de volonté individuelle et les accords collectifs* ». ²⁸

Il sera relevé, au sujet de l'efficacité toute relative du droit civil pour nourrir la force du refus du salarié d'adhérer au processus de modification qu'il résulte des dispositions de l'article 1193 du Code civil que la loi peut constituer une cause légitime de la modification des contrats. « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou **pour les causes que la loi***

²⁷ Voir, à ce sujet, Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44124, Bull. V, n° 146.

²⁸ P. ANCEL, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », Revue de droit du travail 2016, 250.

autorise ». L'article L. 2254-2 du Code du travail ne paraît donc pas entrer en dissidence.

Mais il existe un principe inscrit dans le marbre du droit du travail qui veut que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». ²⁹

Nous rentrons ici dans le domaine des droits de la personne et des libertés individuelles qui peuvent être malmenées par une application sauvage des dispositions de l'article L. 2254-2 du Code du travail.

Il a été souligné que l'expression par un salarié du refus d'une modification du contrat de travail issue d'un accord d'entreprise permet de « *mesurer l'importance des enjeux liés à la personne du salarié, tant au regard du droit à la santé que du droit à une vie personnelle et familiale normale* ». ³⁰ Georges BORENFREUND a ensuite insisté sur le caractère primordial de la « *liberté personnelle* ». « *Mais, à y regarder de plus près, est-on sûr qu'à travers une capacité de résistance maintenue du salarié, c'est bien la force obligatoire du contrat qu'il s'agit de préserver, à l'heure actuelle où celle-ci marque un certain recul en droit civil ? N'est-ce pas plutôt la liberté personnelle du salarié, dont la valeur constitutionnelle a été relevée (Cons. const. 25 juillet 1999, n° 89-257 DC), qui se voit convoquée ? En conséquence, la nécessité de préserver une forme de résistance du salarié à l'application de l'accord collectif ne résulterait pas vraiment de la modification dont fait l'objet son contrat. Elle aurait pour origine sa liberté personnelle, sur laquelle la légitimité renforcée de l'accord collectif ne saurait davantage avoir prise* ». ³¹

Il a également été relevé que la prise en considération des droits de la personne peut légitimement conduire à refuser de se soumettre à la toute puissance d'une négociation collective au rabais en affirmant le principe qui veut que « *tout salarié a droit à des conditions de vie digne* ». ³²

Un salarié peut se retrouver licencié pour ne pas avoir souscrit à une baisse de rémunération décidée par les partenaires à un accord d'entreprise proclamant une « *nécessité liée au bon fonctionnement de l'entreprise* ». Ce salarié peut expliquer son refus par des circonstances particulières qui font que l'amputation de la rémunération induite par l'accord collectif présente un danger pour sa survie

²⁹ Art. L. 1121-1 C. trav.

³⁰ G. BORENFREUND, « Le dévoiement de l'exigence de légitimité », article paru dans le cadre de la controverse « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ? », Revue de droit du travail 2016, 313.

³¹ G. BORENFREUND, art. préc., 313.

³² Voir P. MOUSSY, « A l'article 2 du projet de loi El Khomri, les travailleurs opposent leur article 1^{er} : sur les principes, « on lâche rien » ! », Chronique Ouvrière du 12 juin 2016, <http://www.chronique-ouvriere.fr/spip.php?article923>

économique. En cas de contentieux sur le motif sérieux de licenciement, le juge prud'homal, au regard du droit de la personne à préserver ses conditions d'existence et après s'être livré à un examen minutieux des circonstances de l'espèce, est tout à fait fondé à se forger une conviction sur le caractère inéluctable ou disproportionné de la mesure d'exclusion de l'entreprise qui a eu pour effet de faire perdre au travailleur son gagne-pain.

II. Dans les entreprises de moins de onze salariés, la mise en place du vote sur un « projet d'accord » rédigé sans la présence d'un représentant des travailleurs.

Le référendum se définit traditionnellement comme « *le vote de l'ensemble des citoyens pour approuver ou rejeter une mesure proposée par le pouvoir exécutif* ». ³³ Aujourd'hui, dans le Code du travail, à l'heure où la majorité qui avait été présentée en 1982 comme une « *force d'opposition* » est devenue une « *force d'engagement* », il est mis « *au service de la négociation collective* ». ³⁴

La loi El Khomri du 8 août 2016 a mis en place un « *référendum de secours* ». ³⁵ Si la condition majoritaire ³⁶ n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord.

L'ordonnance Macron n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 permet désormais à l'employeur de voler lui aussi au secours de l'accord non majoritaire en lui permettant de déclencher le processus de consultation directe. « *Désormais, l'employeur peut également être à l'initiative de cette consultation. Il peut en effet, au terme du délai d'un mois susvisé, demander l'organisation de la consultation, à condition toutefois qu'aucune organisation syndicale signataire ne s'y oppose* ». ³⁷

De surcroît, en vertu du nouvel article L. 2232-21 du Code du travail, est maintenant introduit, dans les entreprises de moins de onze salariés, le référendum constitutif de l'accord collectif majoritaire initial. « *Dans les entreprises dépourvues de délégué*

³³ Définition proposée par le Petit Robert.

³⁴ Voir F. PETIT, « *Le référendum en entreprise comme voie de secours* », Dr. Soc. 2016, 904.

³⁵ F. PETIT, art. préc., 904.

³⁶ L'accord d'entreprise ou d'établissement doit avoir été signé par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant 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. www.legifrance.gouv.fr/eli/decree/2017/09/22/1385

³⁷ Ordonnances Macron. Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du code du travail. op. cit., 37.

syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévu par le présent code ». IL est précisé par l'article L. 2232-22 que « lorsque le projet d'accord mentionné à l'article L. 2232-21 est ratifié à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré par un accord valide ».

Il en résulte que, dans une entreprise occupant moins de onze salariés, la cause réelle et sérieuse du licenciement, voulue par l'article L. 2254-2 du Code du travail, du salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail induite par l'accord d'entreprise conclu afin de répondre « *aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » peut résulter du vote des deux tiers des collègues de travail du réfractaire.

Il a été relevé que cet accord collectif d'entreprise aux effets puissants, issu de la ratification d'un projet d'accord établi par l'employeur, « *est conçu sans négociation* ». ³⁸

Cet « *accord collectif par assimilation* » a aussi été présenté comme dérangeant le juriste averti du travail en ce qu'il facilite le *dumping social* en mettant à l'écart les organisations syndicales. ³⁹

A. Les nouvelles dispositions légales organisent la ratification du texte écrit par le patron.

Il est dit exhaustivement par les dispositions de l'article L. 2232-21 du Code du travail que :

« Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévue par le présent code.

La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord.

Les conditions d'application de ces dispositions, en particulier les modalités d'organisation de la consultation du personnel, sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

³⁸ A. LYON-CAEN, Présentation des ordonnances Macron, op. cit. , 7.

³⁹ Voir FI. CANUT, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Dr. Soc. 2017, 1037.L.

Le décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif « *aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises* » a précisé qu'il appartient à l'employeur de définir seul les modalités de la consultation, à savoir :

« - *les modes de transmission aux salariés du texte de l'accord ;*

- *le lieu, la date et l'heure de la consultation ;*

- *l'organisation et le déroulement de celle-ci ;*

- *le texte de la question relative à l'approbation de l'accord, soumise à la consultation des salariés. »*

Il est indiqué qu'« *une fois fixées, ces modalités d'organisation ainsi que le projet d'accord doivent être communiquées par l'employeur au moins quinze jours avant la consultation* ». ⁴⁰

Le terme de « *projet d'accord* » qui figure dans le texte de l'article L. 2232-21 a laissé le lecteur un tant soit peu attentif plus que dubitatif. « *Qu'est-ce que ce projet d'accord « ratifié » par les salariés, si ce n'est une décision unilatérale validée par référendum ? Ce que le projet de texte nomme « projet d'accord » s'apparente à un document unilatéral qui va être « ratifié » ou non par les salariés. Peut-il être autre chose ? Aucune obligation de négocier le projet d'accord n'a été prévue ; et pour cause, le texte n'habilite pas les salariés à négocier, seulement à ratifier le projet d'accord, ce qui est tout autre chose* ». ⁴¹

La constatation que l'article L. 2232-21 du Code du travail ne laisse aucune place à un ou des délégués qui auraient pour rôle de participer à l'élaboration du « *projet d'accord* » a conduit à souligner le manquement au « *principe de participation* ». « *Il n'est pas certain que le principe de participation, d'où découle la protection constitutionnelle de la négociation collective, en sorte indemne. Car ce que prévoit le préambule de la Constitution, c'est la participation des travailleurs par l'intermédiaire de « leurs délégués »* ». ⁴²

B. Une revendication incontestablement légitime au regard du droit à la participation : l'élection d'un délégué susceptible de discuter en amont le « *projet d'accord* ».

Il n'est guère contestable que le référendum version El Khomri ou version Macron n'a pas pour projet de voir le vote renforcer la force collective des travailleurs. Il n'est

⁴⁰ Voir Liaisons sociales n° 17478 du 29 décembre 2017.

⁴¹ « *Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?* », Entretien avec Pascal LOKIEC, *Semaine sociale Lamy* du 11 septembre 217, n° 1781, 9.

⁴² A. LYON-CAEN, Présentation des ordonnances Macron, op. cit. , 8. L'article 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 pose en effet le principe que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

pas animé par la préoccupation de créer les conditions pour que ceux-ci prennent conscience, à l'occasion de discussions menées pour déterminer la réponse à apporter à la consultation, qu'ils ont intérêt à ne pas rester sans réagir face au danger présenté par l'accord déjà signé ou par le « *projet d'accord* » pour la préservation de leur rémunération ou de leurs conditions de travail et qu'ils disposent des moyens pour faire échec à l'attaque patronale (mise en musique consensuellement ou unilatéralement). Comme l'a relevé un syndicaliste Force Ouvrière, « *Le référendum casse le collectif [...] La somme des intérêts individuels des salariés ne correspond pas toujours à l'intérêt d'une communauté de travail* ». ⁴³

Si on souscrit à l'idée que la rencontre avec l'action syndicale est un moyen privilégié pour permettre l'osmose entre les intérêts individuels et collectifs des salariés, on ne peut que relever que les salariés des TPE concernés par le référendum prévu par l'article L. 2332-21 du Code du travail ne sont pas dans une situation identique avec ceux des entreprises occupant au moins cinquante salariés en ce qui concerne la possibilité de confronter dans le meilleur délai leur point de vue avec celui des organisations syndicales représentatives.

La ministre du travail a quelque peu escamoté cette inégalité de traitement dans la réponse qu'elle a faite à la question « *dans les TPE, la présence syndicale est quasi inexistante. Quelles sont vos solutions ?* » : « [...] *l'axe de de la réforme est double : d'une part, reconnaître aux salariés des TPE la possibilité de se prononcer sur leurs propres conditions de travail et d'emploi : c'est l'objet des dispositions sur la consultation de ces salariés sur le projet d'accord présenté par l'employeur et qui doit leur être communiqué. La consultation ne pourra être organisée qu'après un délai de 15 jours à compter de cette communication, de sorte que les salariés pourront disposer d'un temps suffisant pour se rapprocher des organisations syndicales, leur employeur devant mettre à disposition, par tout moyen, les coordonnées des organisations représentatives dans leur branche d'activité, coordonnées qui seront disponibles sur le site du ministère du Travail* ». ⁴⁴

L'article 13 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 dispose en effet que dans les entreprises de moins de cinquante salariés « *l'employeur informe chaque année, par tout moyen, de la disponibilité des adresses des organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise sur le site du ministère du travail* ». ⁴⁵ Il été remarqué que « *contrairement à ce qui est prévu pour*

⁴³ « Réforme du code du travail : le référendum aux mains de l'employeur ne passe pas », https://lentreprise.lexpress.fr/rh-management/droit-travail/reforme-du-code-du-travail-le-refedendum-aux-mains-de-l-employeur-ne-passe-pas_1910564.html

⁴⁴ « Muriel Pénicaud justifie les axes de sa réforme », Entretien avec Muriel Pénicaud, Ministre du Travail, Semaine sociale Lamy du 25 septembre 2017, n° 1783, 3 et s.

⁴⁵ Le projet de loi de ratification des ordonnances Macron a prévu « *d'intégrer cette nouvelle obligation au Code du travail et de préciser que les destinataires de cette information sont les salarié* » (voir Liaisons sociales n° 17458 du 30 novembre 2017).

*les entreprises de 50 salariés et plus [art. L. 2232-24, al. 2 C. trav.], il n'est pas fait mention ici de l'obligation faite à l'employeur d'informer les organisations syndicales représentatives dans la branche (ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel, de sa décision d'engager des négociations avec des élus mandatés ou des salariés mandatés ».*⁴⁶

Le constat s'impose. Les rédacteurs de l'ordonnance relative au « *renforcement de la négociation collective* » n'ont pas jugé utile de donner aux organisations syndicales l'information leur permettant d'aller en temps utile à la rencontre des salariés des TPE pour discuter avec eux du « *projet d'accord* » venant d'être concocté par l'employeur.

Le texte de l'article L. 2232-21 du Code du travail semble donc difficilement échapper au grief de « *contournement des syndicats* ».⁴⁷ Mais la question se pose de savoir si, dans les entreprises de moins de onze salariés, la découverte de la « *communauté de travail* » ayant des intérêts propres à défendre face au patron se fera nécessairement par la simple prise de contact avec des responsables syndicaux venus d'ailleurs.

Prenons comme en exemple le cas de la CFDT. Cette confédération syndicale a saisi le Conseil d'Etat en vue de contester les dispositions de l'ordonnance Macron qui ont été transcrites dans l'article L. 2232-1 du Code du travail. « *Pour Véronique Descacq, secrétaire générale adjointe de la CFDT, il s'agit de la mesure la plus contestable juridiquement et la plus scandaleuse politiquement* ». Elle ouvre la voie « *à un contournement des partenaires sociaux* » et renforce « *la place du pouvoir unilatéral de l'employeur* » plaide la centrale cédétiste dans son recours. « *Est, en fait, ici mis en place (...) une forme de monologue social* » s'insurge le syndicat, en dénonçant un « *recul* ».⁴⁸ Mais en présence du « *référendum de secours* » visant à faire valider un accord collectif porteur de la « *dévaluation sociale* » en ce qu'il impose une incontestable remise en cause de la rémunération des salariés, Laurent Berger, le boss de la CFDT avait moins d'états d'âme. « *Qui peut avoir peur de consulter les salariés ? Pas nous. C'est même une démarche utile pour re-légitimer les organisations syndicales. Nous devons prendre des risques. Lorsqu'un accord est validé par des syndicats représentatifs représentant 30 % des salariés, je ne suis pas hostile à ce que l'on consulte les salariés au contraire. Mais cette proposition n'est acceptable qu'à la condition que la consultation ne soit pas une mesure au service des patrons. IL faut qu'elle ne puisse intervenir qu'à l'issue de la négociation et à la*

⁴⁶ Ordonnances Macron. Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du code du travail. op. cit. , 41.

⁴⁷ Voir, à ce sujet, http://abonnes.lemonde.fr/politique/article/2016/10/31/bientot-en-place-le-referendum-d-entreprise-divise-syndicats-et-patronat_5023068_823448.html

⁴⁸ « *Réforme du code du travail : la CFDT saisit le Conseil d'Etat* », http://abonnes.lemonde.fr/politique/article/2017/11/15/reforme-du-code-du-travail-la-cfdt-saisit-le-conseil-d-etat_5215215_823448.html

seule initiative des syndicats signataires ». ⁴⁹En définitive, ce qui caractérise un texte qui impose des sacrifices salariaux ou une dégradation des conditions de travail comme une « mesure qui n'est pas au service des patrons », c'est qu'il ait été validé par la signature syndicale avant d'être soumis au vote des salariés... Les salariés de RTE, qui ont rejeté le 30 mars 2017 un projet d'accord sur l'aménagement du temps de travail signé par la CFDT et la CFE-CGC n'ont apparemment pas été convaincus par la casuistique des théoriciens de la CFDT. ⁵⁰

En tout état de cause, la défense des droits des travailleurs d'une entreprise de moins de onze salariés ne passe pas nécessairement par la visite que leur ferait l'organisation syndicale représentative qu'est la CFDT après avoir pris connaissance du « *projet d'accord* » préparé initialement par l'employeur. L'organisation syndicale pourrait avoir à cœur de les convaincre qu'une seconde mouture du texte, « travaillée » conjointement avec les représentants du syndicat mais restant fondamentalement un accord collectif à « bas coût » social, mériterait finalement un vote pébliscitaire.

Le Conseil constitutionnel a considéré à plusieurs reprises que les dispositions du sixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 confèrent aux organisations syndicales une vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs mais qu'« *elles ne leur attribuent pas pour autant un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* ». ⁵¹Un élu du personnel non mandaté par une organisation syndicale peut donc avoir qualité pour négocier et signer un accord collectif.

La revendication portée par ceux qui dénoncent à juste titre l'actuelle rédaction de l'article L. 2232-21 du Code du travail devrait, de notre point de vue, exiger que les salariés des entreprises de moins de onze salariés puissent élire un délégué ayant le droit de discuter en amont du « *projet d'accord* » préparé par l'employeur.

La « *démocratie* » suppose de prendre le temps de discussion avant la mise en forme et l'adoption du texte. « [...] *Une mesure quelconque ne peut acquérir une valeur de décision que si elle a « emporté le consentement de la majorité à l'issue d'une discussion. [...] La discussion agit comme un crible ou un filtre, quelle que soit l'origine des projets. Mais cela suffit à assurer essentiel sur la décision : aucune*

⁴⁹ [Interview] « Qui peut avoir peur de consulter les salariés ? Pas la CFDT », https://www.cfdt.fr/portail/presse/la-cfdt-dans-les-medias/-interview-qui-peut-avoir-peur-de-consulter-les-salaries-pas-la-cfdt-srv1_349093

⁵⁰ « Référendum d'entreprise : stop ou encore ? », <https://communication-ccas.fr/journal/referendum-dentreprise-stop-ou-encore/>

⁵¹ Cons. constit. 6 novembre 1996, décision n° 96-383 DC ; Cons. constit. 7 septembre 2017, décision n° 2017-751 DC.

décision ne peut être adoptée si une majorité ne l'a jugée justifiée au terme d'un échange argumentatif ».⁵²

Si l'on veut que la ratification prévue par l'article L. 2232-21 ne se résume pas à un enregistrement formel du texte écrit par l'employeur, il est nécessaire que les salariés puissent élire un délégué qui puisse le consulter et donner son avis sur le projet d'accord en toute indépendance. Le délégué *ad hoc* doit également pouvoir rendre compte aux salariés qui l'ont mandaté du contenu de ses échanges avec le promoteur du texte en toute autonomie. La préservation de la libre parole du représentant des travailleurs suppose au moins la mise en place d'un statut protecteur semblable à celui prévu au profit des « *salariés mandatés en vue de la signature d'un accord collectif* ».⁵³

S'il est envisagé de soumettre au vote un « *projet d'accord* » portant sur le thème couvert par l'article L. 2254-2 du Code du travail, qui promet l'exclusion parée des vertus du licenciement avec cause réelle et sérieuse à celui qui n'aura pas accepté la modification du contrat de travail induite par le texte s'affirmant garant des « *nécessités liées au bon fonctionnement de l'entreprise* » ou de la préservation ou du développement de l'emploi, la démocratie ne sera pleine et éclairée que si chaque salarié est préalablement informé de toutes les conséquences d'une approbation à la majorité des deux tiers.

Alors s'ouvrira le champ des possibles.

Soit les salariés de la TPE affirment leur confiance envers le bon père de famille qui veille à tout prix à ce que la petite boîte se maintienne à flot et ils ratifient le « *projet d'accord* » annonciateur des prochains et nécessaires sacrifices.

Soit, alertés par un délégué qui découvre l'action représentative accompagnée de la confrontation avec le patron et enrichis par une discussion collective permettant la pluralité des points de vue, ils ne donnent pas leur aval à une initiative de remise en cause de leur rémunération ou/et de leurs conditions de travail leur apparaissant dépourvue de fondement sérieux.

Si jamais c'est cette seconde hypothèse qui devait se réaliser, l'irruption du processus démocratique dans l'entreprise de moins de onze salariés aurait un effet boomerang qui ne correspondrait pas vraiment aux attentes des rédacteurs de l'ordonnance Macron.

⁵² G. GOURGUES, K. YON, « *Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron* », *Revue de droit du travail* 2017, 627.

⁵³ Voir, à ce sujet, H. ROSE, Y. STRUILLLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 5^e éd., 121 et s.

Prenant goût à la confrontation avec l'employeur et percevant la nécessité d'inscrire dans la durée leur préoccupation de défendre leurs intérêts en toute autonomie des initiatives prises par l'employeur, les salariés de la TPE peuvent décider de prendre le chemin des locaux des organisations syndicales dont ils pourront apprécier la représentativité au regard de leur aspiration à en découdre avec le patron.

Bien évidemment, ce cheminement vers l'action syndicale n'est pas acquis.

Il est fortement probable que, dans un grand nombre de cas, la ratification du « *projet d'accord* » ne soit pas l'occasion pour les salariés de la TPE de prendre leurs distances avec l'employeur. Mais on ne saurait *a priori* exclure que, parfois, l'intervention d'un délégué soucieux d'une réelle défense des droits et intérêts des salariés permette au vote d'affirmer un refus exprimant une prise de conscience du danger de l'initiative patronale.

Le militant ne craint pas la dialectique.

S'il est convaincu que « *l'émancipation des travailleurs sera l'œuvre des travailleurs eux-mêmes* », il ne se crispera pas, au nom de la nécessaire intervention de négociateurs syndicaux chevronnés (et perçus comme venant d'ailleurs), sur un refus de principe de l'introduction du processus électoral dans l'entreprise de moins de onze salariés. Il préférera œuvrer pour que soit reconnu le droit à l'élection d'un représentant élu par les travailleurs concernés par le processus de ratification et dont l'intervention serait susceptible de permettre l'apprentissage dans la très petite entreprise de la réflexion et de l'action collective.