

## Lettre d'information du site dialogue-social.fr

### Editorial

En l'espace de vingt ans, les TPE-PME sont devenues les nouvelles cibles à atteindre en matière de dialogue social.

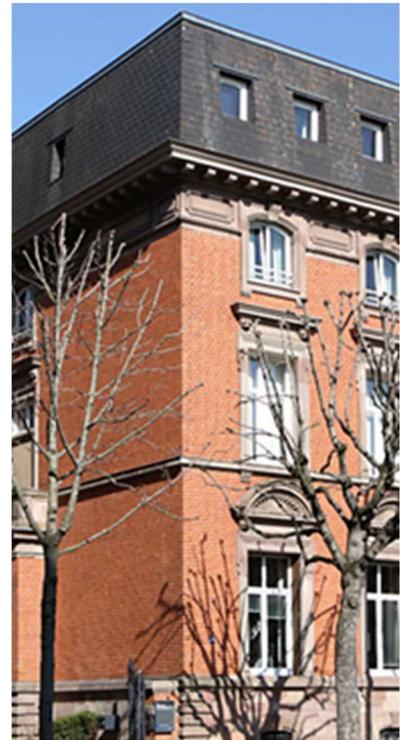
Référendum, négociation directe, accords-type, mandatement syndical, négociation avec les élus...De nombreuses voies empruntées mais un seul but : faire mûrir l'idée que la TPE-PME est un lieu à part entière de négociation.

Comment s'organise cette négociation dans les TPE-PME ? Quelle articulation entre les différents dispositifs ? Quels sont les points qui suscitent le débat ? Quelle efficacité ? Quels dangers ? Quelles perspectives d'évolution ?

L'ensemble de ces points a été abordé lors d'un Rendez-vous du dialogue social par Christophe Mariano, maître de conférences à l'Université Clermont Auvergne. Vous trouverez dans cette lettre d'information les principaux résultats de ses recherches.

Bonne lecture,

Tiphaine Garat



#### Rédaction

Tiphaine Garat, université de Strasbourg

Christophe Mariano, université Clermont Auvergne

Sous la responsabilité de Michèle Forté, Institut du travail de Strasbourg.

#### Contact

Institut du Travail de Strasbourg  
39 avenue de la Forêt Noire

67000 STRASBOURG

Tél : 03 68 85 87 00

mél : [tiphaine.garat@unistra.fr](mailto:tiphaine.garat@unistra.fr)

<http://www.dialogue-social.fr>

Cette action est réalisée dans le cadre d'une convention d'appui au dialogue social territorial signée avec la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence et de la Consommation, du Travail et de

*A noter :*

*Dans la lettre n°118, nous donnons un lien erroné vers un calculateur de l'index Egalité, nommé « Index Egapro », mise à disposition par le Ministère du travail.*

*Celui-ci est disponible à cette adresse : <https://index-egapro.travail.gouv.fr/>*

l'Emploi du Grand Est (DIRECCTE Grand Est).

**Dans ce numéro**

P.3 Négociateur dans les TPE-PME  
Présentation de Christophe Mariano

P.16 Invitations aux Rendez-vous du dialogue social  
Colmar, 22/10, Actualités sur le détachement  
Strasbourg, 19/11, Etude sur la déconnexion  
Strasbourg 29/11, Conférence de Philippe Askenasy



## ***Les rendez-vous du dialogue social***

Négociier dans les TPE-PME

Présentation de Christophe Mariano

L'Institut du travail de Strasbourg, avec le soutien de la DIRECCTE Grand Est, a organisé à Strasbourg le 24 juin 2019 une conférence intitulée « Négociier dans les TPE-PME ».

Christophe Mariano, juriste, maître de conférences à l'Université Clermont Auvergne et auteur d'une thèse intitulée « la négociation substitutive d'entreprise » est venu présenter les principaux résultats de ses recherches sur ce thème dans le cadre des Rendez-vous du dialogue social.

Il ne s'agit pas d'un compte-rendu de la conférence mais d'une mise à disposition synthétique, avec son accord, de la présentation de l'intervenant. En complément, un tableau synthétisant les différents modes de négociation en l'absence de délégué syndical selon l'effectif de l'entreprise est disponible en fin de document.

### **→ Les objectifs de la conférence**

**Contribuer à mieux faire connaître les dispositifs** – Lorsque l'on scrute les explications données il y a quelques années, au manque d'efficacité des dispositifs de négociation dans les TPE-PME, il en ressort que c'est l'information sur l'existence même de tels dispositifs qui fait défaut dans bien des cas (étude ASTREES 2014).

De ce point de vue, les observatoires d'analyse du dialogue social et d'appui à la négociation collective créés par les ordonnances « Macron » de 2017 pourraient constituer, à l'avenir, le poumon qui manquait à la négociation dans les TPE-PME en faisant figure de lieu d'explication des règles et d'accompagnement des processus de négociation.

**S'interroger sur ce phénomène** – Sujet qui n'a rien d'évident également car on aurait très bien pu s'interroger : « *Négociier dans les TPE-PME ?* ». Le besoin d'une négociation dans cette catégorie d'entreprises est alors interrogé. Tout comme sa crédibilité. D'autres niveaux de négociation pourraient produire des règles négociées et pensées pour les TPE-PME sans qu'il soit nécessaire de doter les TPE-PME d'un potentiel conventionnel propre. Le « Négociier dans les TPE-PME » s'oppose par exemple au « Négociier pour les TPE-PME ». Plus encore, certains voudraient voir la TPE-PME être abandonnée au dialogue direct qui la caractérise et donner toute latitude à l'employeur pour réguler l'entreprise à coups de décisions unilatérales réputées mûrement réfléchies car censées être préparées dans un contexte de proximité avec les salariés.

**Évaluer les choix des ordonnances Macron de 2017** – C'est peu dire que les ordonnances Macron ont bouleversé la façon de négocier dans les TPE-PME. Certains choix sont vivement critiqués (référendum d'approbation aux 2/3, recul du mandatement syndical). La logique d'ensemble du système interroge. Plane la menace que les ordonnances Macron ne soient que le prélude à des choix plus incisifs lors des prochaines années (et pourquoi pas dans le cadre d'une réforme de fin de quinquennat comme le fut en son temps la loi « El Khomri » de 2016 ?).

## → La cible : les TPE-PME

**TPE-PME : un ensemble hétérogène** – Viser les TPE-PME c'est viser un ensemble très hétérogène d'entreprises. Du point de vue de l'analyse statistique et économique, la classification se base sur un critère « comptable »<sup>1</sup> et sur un critère d'effectif salarié. On retient généralement que la TPE est celle qui comprend moins de dix salariés et que la PME est celle dont l'effectif est inférieur à 250 salariés. S'intéresser à une TPE de 3 salariés ou à une PME de 120 salariés, ce n'est clairement pas la même chose.

**Un dénominateur commun : l'absence de délégué syndical** – En réalité, le dénominateur commun des TPE-PME du point de vue de la négociation, c'est qu'elles sont en général dépourvues de délégué syndical, acteur clé de la négociation collective d'entreprise. Raison pour laquelle, dans le Code du travail, on ne trouve pas de règles de négociation estampillées « TPE-PME » mais des règles de négociation dans les « entreprises dépourvues de délégué syndical ».

- ✓ Pour les TPE (moins de dix salariés), l'absence de délégué syndical résulte de l'application pure et dure de la loi puisqu'aucun délégué syndical ne peut être désigné dans les entreprises de moins de onze salariés. Cela concerne déjà plus de 95% des entreprises françaises et environ 20% des salariés du privé.
- ✓ Pour les entreprises d'au moins onze salariés, où il est théoriquement possible de désigner un délégué syndical<sup>2</sup>, seules 10% en sont pourvues<sup>3</sup>. Plus l'effectif augmente et plus le taux d'absence de délégué syndical décroît. C'est ainsi que, par exemple, 96% des entreprises de onze à cinquante salariés seraient dépourvues de délégué syndical. Il faut attendre de dépasser le seuil de 100 salariés pour que le taux de présence d'un délégué syndical prenne le dessus sur le taux d'absence de délégué syndical et attendre de dépasser le seuil de 200 salariés pour que le taux d'absence de délégué syndical devienne minime.

Ces chiffres sont *grosso modo* les mêmes depuis 20 ans. D'où le raccourci : « TPE-PME = absence de délégué syndical ». Or traditionnellement, « absence de délégué syndical = absence de négociation ».

## → Quel sens donner à « négociier » ?

**Négociation collective VS Discussions informelles** – Le raccourci historique « TPE-PME = absence de négociation » n'est pertinent que si l'on donne une signification juridique au terme de négociation. Au plan juridique, l'activité de négociation que l'on vise ici c'est la négociation collective des conditions de travail et d'emploi ayant vocation à déboucher sur un accord collectif d'entreprise. Or l'existence ou l'absence de négociations collectives ne fait pas obstacle à des échanges moins formalisés lors de réunions ou de discussions informelles entre les élus et l'employeur ou entre salariés et employeurs.

Ces échanges informels portent en général sur le temps de travail, le climat des relations de travail ou les conditions de travail. Mais on y parle aussi des nouvelles dispositions législatives, du repas de fin d'année, de la décoration de l'agence, de l'intégration des jeunes salariés ou encore, sans que cette liste soit exhaustive, de la création de nouveaux produits. De ce point de vue, les TPE-PME sont un lieu privilégié de discussions avec l'employeur en dehors du cadre formel de la négociation collective puisque contrairement aux plus grandes entreprises, il peut y avoir une réelle proximité entre employeur et salariés. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles, certaines

<sup>1</sup> Total du bilan ou chiffre d'affaire.

<sup>2</sup> Certes parmi les membres élus titulaires du CSE dans les entreprises de onze à cinquante salariés.

<sup>3</sup> Ce qui laisse plus de 40% des salariés appartenant à une entreprise de plus de 10 salariés dépourvus de délégué syndical.

organisations patronales (CPME et U2P) estiment, à chaque réforme, que les tentatives légales de pousser les TPE-PME à négocier des accords collectifs et à institutionnaliser leur dialogue social sont vaines puisque dans ces entreprises il y aurait un dialogue direct qui permettrait aux salariés de simplement pousser la porte et de trouver l'employeur pour parler temps de travail et rémunération.

**Complémentarité plutôt qu'opposition** – Mais aussi productives soient-elles, ces discussions informelles ne peuvent déboucher sur les résultats d'une authentique négociation collective. Et puis surtout, avec la négociation collective et l'accord collectif de travail il y a, au moins au plan théorique, un « moment collectif » où la collectivité de travail s'exprime par la voix de son représentant dans le cadre d'un échange où l'on dépasse le cadre de la relation individuelle d'emploi caractérisé par un rapport de force suspect puisque plombé par le lien de subordination. Au plan symbolique, la négociation collective permet qu'un porte-parole de la collectivité négocie un véritable contrat collectif avec l'employeur, d'égal à égal, ce que ne permet pas le cadre informel.

La négociation d'accords collectifs offre surtout une formalisation et donc une sécurisation des règles applicables dans l'entreprise, lesquelles deviennent inscrites dans un acte juridique co-produit par salariés et employeur.

Sans compter que de nombreux dispositifs restent uniquement accessibles par accord collectif d'entreprise c'est-à-dire par la voie de la négociation collective. Que des discussions informelles rythment le quotidien de l'entreprise, voilà une réalité prégnante mais pour que certaines règles du travail soient adoptées, modifiées ou supprimées il faut passer par le vecteur juridique de l'accord collectif et donc par la négociation collective. Il faut simplement ne pas confondre les deux processus – négociation et discussions informelles – et surtout ne pas croire que l'une pourrait affaiblir l'autre et réciproquement. Ce sont là des modes de dialogue complémentaires, l'un formel, l'autre informel.

Il en ressort donc que l'absence de DS est un obstacle juridique à la négociation collective d'accords collectifs d'entreprise mais qu'elle n'est pas un obstacle à la tenue de discussions dans un cadre informel, au contraire puisque la dimension réduite de la collectivité de travail et de l'entreprise permet plus facilement le dialogue direct quotidien avec l'employeur.

## ➔ Panorama des méthodes : remplacer, faire sans ou ne pas faire

**Préalable à la négociation TPE-PME : contourner le monopole syndical** – Cet obstacle juridique n'était politiquement plus tenable à l'heure où l'on vante les vertus de la norme négociée de proximité. C'est la raison pour laquelle le législateur a coordonné le mouvement de réévaluation, accéléré très nettement ces dernières années, de la place de l'accord d'entreprise avec l'effort de déploiement de la négociation collective dans les TPE-PME.

Trois logiques existent pour lever l'obstacle et traiter le cas des TPE-PME :

❖ **Remplacer** = Trouver un remplaçant au délégué syndical

**Choix durable** – Jusqu'à récemment, c'est la méthode qui a été privilégiée dans le Code du travail, même si l'on a toujours refusé de faire négocier des accords, en l'absence de délégué syndical, par un ou des syndicalistes extérieurs à l'entreprise.

**Qui ?** – Soit des élus détenant une **légitimité élective** et représentant une **majorité électorale** (1) soit des salariés mandatés détenant une **légitimité syndicale** et **adoubés par référendum** (2).

## 1) Le salarié mandaté par un syndicat représentatif au niveau national

- Qui ? Il s'agit d'un « cousin éloigné » du délégué syndical. Salarié obtenant un mandat de négociation **et uniquement de négociation** auprès d'une fédération syndicale ou d'une confédération syndicale afin de conclure un accord collectif avec l'employeur. Mais dans les faits, souvent un simple label pour des accords moins formalisés négociés par un porte-parole des salariés.

Il est le « Héros initial » de la négociation TPE-PME avec de nombreux accords signés lors du passage à 35 heures (lois Aubry de 1998 et 2000). Cependant, le nombre d'accords conclus était un feu de paille. Il s'expliquait par la « course » aux allègements de cotisations sociales qui accompagnaient chaque conclusion d'accord de réduction du temps de travail.

Depuis, le mandatement syndical ne fonctionne plus. Aujourd'hui seul 1% des accords d'entreprise sont conclus avec un salarié mandaté (Bilan de la négociation collective 2018).

- Pourquoi ? Sur le papier, le mandatement syndical conserve le caractère syndical de la négociation d'entreprise. Il protège le **modèle français du dialogue social en « double canal »**<sup>4</sup> dans l'entreprise. Il y a juridiquement un syndicat qui conclut l'accord avec l'employeur. Procédé souple puisque théoriquement **applicable dans toute entreprise** : il suffit d'un salarié alors que la négociation avec des élus suppose la présence d'institutions représentatives du personnel, ce qui n'est pas le cas dans les TPE, et ce qui n'est pas forcément le cas dans les PME.
- Comment ? L'accord conclu par un salarié mandaté doit être ratifié par un référendum majoritaire. Pour calculer cette majorité on ne prend en compte que les suffrages exprimés lors de cette consultation et non le nombre total de salariés de l'entreprise.

## 2) Les élus du personnel (hier DP/CE, aujourd'hui CSE)

- Qui ? Les élus **titulaires** du comité social et économique (CSE). Ils peuvent tout à fait être présents dans un paysage sans syndicats. En général, ils seront élus au second tour en dehors d'une liste syndicale.
- Pourquoi ? Premier réflexe pour trouver un remplaçant car il s'agit des institutions représentatives restantes – survivantes – et représentent donc des porte-paroles naturels. Mais immédiatement, une certaine défiance est apparue à leur égard compte tenu de leur défaut d'ancrage syndical. Un procès pour incompétence en matière de négociation collective a été fait aux élus. L'argument était que ceux-ci sont censés s'en tenir à des fonctions de consultation et ils n'émanent pas de syndicats en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. La genèse de cette négociation a été très compliquée car elle remettait en cause frontalement le modèle français du dialogue social dans l'entreprise.

Cette méfiance durable s'étant traduite, durant de nombreuses années, par des **verrous** : cantonnement de l'objet de négociation (« *Vous négociez mais pas tout !* ») et contrôle de commissions paritaires de validation au niveau de la branche (« *On corrige votre copie* »). On peut parler d'un véritable système de tutelle. Cependant, une émancipation progressive se constate ces dernières années, avec la disparition des commissions paritaires de validation et l'ouverture de sujets de négociation aux élus dans les TPE.

---

<sup>4</sup> Un canal syndical (revendication/négociation) et un canal électif (information/consultation).

- Comment ? Pour conclure un accord collectif, les élus titulaires doivent représenter la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles. Pour calculer cette majorité, on ne prend en compte que les suffrages exprimés en direction de listes ayant obtenu des élus. Cela revient à dire que les élus signataires d'un accord doivent représenter plus de suffrages que les élus non signataires.

❖ **Faire sans = Travestir un acte non négocié en accord collectif**

**Choix récent** – Si l'interlocuteur normal qu'est le délégué syndical n'est pas disponible, la recherche d'un remplaçant ne s'impose pas. Toutefois, il faut permettre à l'employeur de négocier directement avec ses salariés grâce au référendum. On maquille alors un acte non négocié en accord collectif. Il s'agit d'une pure fiction qui a l'avantage, toutefois, de permettre un déploiement maximal de l'accord grâce à une recette hyper allégée en ingrédients !

❖ **Ne pas faire = Négocier pour les TPE-PME et non dans les TPE-PME**

**Doute constant** – C'est l'idée que le bon niveau de négociation, s'agissant des TPE-PME, ce n'est pas l'entreprise mais la branche car c'est là que le rapport de force est le plus équilibré.

- La branche professionnelle : première norme de référence : Après tout, la branche reste une norme de référence dans de nombreuses entreprises et aussi un motif d'absence de négociation quand des acteurs existent (enquête DARES). Cela est vrai pour le thème des salaires, mais aussi pour les autres thèmes (temps de travail, conditions de travail, formation professionnelle, protection sociale).
- Les « branches TPE » : Sans compter les branches qui sont uniquement constituées de TPE : ex. de la branche des ouvriers des entreprises du bâtiment employant jusqu'à 10 salariés. Ici, la branche apparaît comme le lieu de régulation naturel des conditions de travail et d'emploi sans qu'on puisse lui faire grief de ne pas être adaptée à la situation des TPE-PME.
- Accords-types de branche : Il est possible pour les partenaires sociaux de la branche, depuis 2016, de confectionner des accords-types qui auront vocation à être appliqués dans les entreprises de moins de cinquante salariés sur décision de l'employeur. L'accord-type peut porter sur tous les thèmes de la négociation collective. Simplement, il ouvre certaines options – sur le mode « texte à trous » – à l'employeur pour adapter l'accord-type au contexte de l'entreprise. On repère bien ici une volonté de laisser la phase de négociation au niveau de la branche et de spécialiser le contenu de ces accords-types aux petites et très petites entreprises.

Pour l'heure, seules deux branches ont saisi cette opportunité d'édicter des accords-types : la branche de l'industrie pharmaceutique (accord du 15 mars 2018 sur le temps de travail) et la branche de l'industrie du cartonnage (accord du 17 avril 2019 sur le temps de travail).

➔ **Analyse des choix des ordonnances « Macron »**

Les ordonnances Macron de 2017 amalgament ces trois logiques (à des degrés divers) et ont fragmenté les règles de la négociation dans les TPE-PME là où les dispositifs antérieurs se caractérisaient par leur unité de traitement.

Tout cela, comme dans la loi « El Khomri », afin de lever les freins juridiques à la négociation sans délégué syndical<sup>5</sup>. À chaque tranche d'effectif son système. Les combinaisons changent selon que l'on a affaire à des entreprises de taille moyenne (1), à des petites entreprises (2) ou à des très petites entreprises (3).

***La strate supérieure des PME : celles comptant au moins cinquante salariés***

Système complexe mais qui a sa cohérence. Vestige qu'on a conservé dans ce nouveau droit de la négociation dans les TPE-PME. On y retrouve les restrictions à ce que peuvent négocier les élus. On y retrouve une priorité pour le mandatement syndical et une information des syndicats représentatifs de la branche.

- Préférence clairement exprimée : L' élu mandaté (**double légitimité**) constitue le remplaçant prioritaire – numéro 1 – du délégué syndical. Pour ne pas bloquer la négociation dans ces PME, il est tout de même permis de négocier de manière subsidiaire avec des élus non mandatés (**légitimité élective**) et, encore à défaut, avec des salariés non élus mandatés (**légitimité syndicale**).
- Tour de prise « comme à la belote » : Peuvent d'abord préempter l'offre de négociation patronale les élus mandatés. À défaut, ce sont ensuite les élus non mandatés et enfin les salariés non élus mandatés si les autres ont passé leur tour. Mais à ce tour de prise, les élus non mandatés ne peuvent pas prendre n'importe quelle offre de négociation<sup>6</sup>.

Peu importe la raison qui pousse à passer son tour, cela permet de **déverrouiller la compétence inférieure** de négociation, d'abord celle des élus non mandatés et ensuite celle des salariés mandatés. Cela pose un problème quand le refus de négocier est porté par une opposition aux souhaits de l'employeur. Cela incite à accepter de négocier pour ne pas que ça se fasse avec d'autres acteurs.

Il s'agit d'une procédure chronophage qui peut décourager nombre d'acteurs car elle dure un mois.

- Conditions de validité clairement dissociées :
  - Pour l'accord négocié par mandatement syndical (que ceux qui sont mandatés soient élus titulaires ou salariés non élus), l'accord doit être **approuvé par référendum, à la majorité des votants**.
  - Pour l'accord négocié par des élus titulaires non mandatés, l'accord doit être signé par des **élus représentant un score électoral supérieur aux élus titulaires non signataires**.

***La strate inférieure des PME : entreprises comptant entre 11 et 49 salariés***

Il s'agit d'un véritable catalogue de formules de remplaçants du délégué syndical. L'employeur peut faire un choix parmi les : salarié non élu mandaté, élus titulaires mandatés, élus suppléants mandatés et élus titulaires non mandatés<sup>7</sup> ! Cela est fait pour **alléger la procédure**, plus besoin de faire un tour de table, la négociation s'engage

<sup>5</sup> Mouvement clairement assumé depuis loi « El Khomri » de 2016.

<sup>6</sup> Fameuse restriction aux « *mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* » : restriction historique de la négociation dans les TPE-PME mais qui aujourd'hui ne s'applique plus qu'aux élus non mandatés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

<sup>7</sup> Relevons tout de même qu'en pratique, l'employeur aura tout intérêt à ne pas se prévaloir de cette prérogative légale et à rechercher un consensus avec ses salariés pour le choix du type de négociateur. Tout cela au nom d'une certaine éthique de la négociation que la loi ne consacre malheureusement pas.

directement avec l'un ou l'autre **sans priorité** entre eux. On y gagne en simplicité pour l'employeur et aussi en rapidité.

- Recul du mandatement syndical : L' élu mandaté n'est plus prioritaire, il est à égalité avec l' élu non mandaté. En même temps, l'employeur n'est plus obligé d'avertir les organisations syndicales représentatives dans la branche de son intention de négocier sans délégué syndical. Et encore ! Le mandatement syndical a été sauvé car l'idée initial du gouvernement Macron et de la ministre du Travail Muriel Pénicaud était de recourir uniquement à la négociation avec le ou les élus majoritaires de l'entreprise notamment au regard de l'inefficacité statistique criante du mandatement syndical dans ces entreprises.
- Renforcement de la capacité de négociation des élus : Ils peuvent désormais négocier sur tous les sujets et ne sont plus limités.
- Multipliation des modes de conclusion des accords collectifs :

Deux des quatre modes de conclusion sont un « copier/coller » par rapport aux entreprises d'au moins cinquante salariés. Les deux autres modes, en revanche, diffèrent sur des points sensibles.

✓ Les modes « classiques »

- Élus titulaires du CSE non mandatés : **Constant mais schéma basique** – Le ou les élus signataires doivent représenter la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections en faveur des élus au CSE. Dans les entreprises comptant moins de vingt-cinq salariés, cela veut dire que la signature du seul élu titulaire présent suffit. Dans les entreprises d'au moins vingt-cinq salariés, il suffit que l'accord soit signé par l' élu ayant obtenu le score le plus important (exception cependant : si les deux élus ont obtenu le même nombre de voix, les deux doivent signer pour valider l'accord).
- Salariés non élus mandatés : **Constant** – Pour eux, c'est à nouveau un référendum à la majorité des votants qui permet l'entrée en vigueur de l'accord négocié.

✓ Les modes « inédits »

- Élus titulaires du CSE mandatés : **Aménagement** – Par opposition avec les entreprises d'au moins cinquante salariés (où l'accord qu'ils négocient doit être approuvé au référendum), ici c'est la même condition que les élus non mandatés : l' élu ou les élus signataires doivent avoir obtenu la majorité des suffrages lors des dernières élections au CSE.

Cela en fait un **format original** de négociateur : la partie à l'accord c'est le syndicat mais le socle de légitimité de l'accord réside dans le score électoral du ou des élus et non plus dans le référendum.

- Élus suppléants du CSE mandatés : **Curiosité** du nouveau dispositif. Les élus suppléants sont admis à la négociation lorsqu'ils sont mandatés (en effet il suffit d'être membre de la délégation du personnel du CSE). Cela singularise le mode de conclusion de l'accord : en effet, le ou les élus suppléants mandatés doivent, comme les titulaires, être majoritaires. Cependant, le score électoral qui sert de base à ce calcul est assis sur les **élections des suppléants** et non pas sur les élections des titulaires. C'est la première fois dans l'histoire de la négociation

collective que les élections des suppléants alimentent le caractère majoritaire, et donc valide, d'un accord collectif.

### *La catégorie sensible des TPE : entreprises comptant moins de onze salariés*

**Métamorphose du référendum** – C'est ici que se niche la nouveauté, la **révolution** devrait-on dire. Car, jusqu'à maintenant, le référendum était réservé à des matières bien précises de mise en place d'avantages pour les salariés<sup>8</sup>. Au-delà, le référendum se résumait à un outil qui complétait une négociation. Or, désormais, le « référendum TPE » permet de traiter les mêmes domaines que la négociation d'entreprise. De plus, le code du travail assimile le résultat de ce référendum sur un document préparé par l'employeur à un véritable accord d'entreprise.

**Maquillage référendaire d'une décision unilatérale ?** – Le projet d'accord préparé par l'employeur et soumis à référendum se rapproche pourtant d'un projet de décision unilatérale. Aucune négociation n'est exigée et bien souvent aucune véritable discussion ne précèdera le vote.

De toute façon la crédibilité de la discussion, si elle intervient, pose question. Les salariés ne sont pas protégés comme le sont les représentants syndicaux ou les représentants élus du personnel qui bénéficient d'une formation et d'un statut protecteur leur permettant de sortir, autant que faire se peut, du lien de subordination.

**Méfiance des acteurs** – Devant ces dangers, certaines confédérations syndicales appellent à la vigilance des observatoires départementaux du dialogue social mais également à ce que la branche développe son offre de service en matière de dispositions spécifiques pour les TPE afin d'éviter de recourir au référendum autant que possible<sup>9</sup>.

### **Principales caractéristiques du procédé référendaire « TPE » :**

- Calcul de la majorité qualifiée des 2/3 : Il ne s'agit pas de 2/3 des votants mais bien de 2/3 des effectifs de l'entreprise au jour de la consultation (registre unique du personnel). Il peut y avoir difficulté puisqu'il faut une forte mobilisation et un avis largement positif des salariés pour espérer atteindre ce seuil. En pratique, de nombreux accords affichent un vote à l'unanimité du personnel.
- Modalités du vote : La consultation a lieu par tout moyen pendant le temps de travail, en l'absence de l'employeur. L'organisation matérielle incombe à l'employeur qui doit définir les modalités d'organisation de la consultation et donc la date, l'heure (parfois 30 minutes pour voter, parfois un jour) et le lieu ainsi que le texte de la question posée aux salariés (ex. : « *Après avoir pris connaissance du texte du projet d'accord présenté par la direction, approuvez-vous, oui ou non, ce texte ?* »). Mais surtout doit être garanti le caractère **personnel et secret** de la consultation. L'information des salariés est importante pour que le délai de 15 jours ait un effet utile (certains accords prévoient par exemple la remise au salarié par mail, du projet d'accord, d'un document présentant les modalités d'organisation du référendum, de la liste et les adresses des organisations syndicales représentatives dans la branche et enfin de la liste nominative des salariés devant être consultés).

<sup>8</sup> Notamment épargne salariale et mise en place d'une protection sociale complémentaire.

<sup>9</sup> À noter que certaines entreprises ont déjà adopté par référendum d'authentiques conventions collectives d'entreprise traitant de nombreux thèmes : contrat de travail, embauche, départs, rémunération, temps de travail, principes de non-discrimination

- Révision et dénonciation : Si, pour la révision d'un accord déjà en vigueur, la même procédure s'applique (on pressent donc que seul l'employeur a le pouvoir d'initier une modification des accords), pour la dénonciation un aménagement a été prévu.
  - *Moment de la dénonciation* : Si l'employeur peut dénoncer à tout moment, les salariés ne peuvent le faire que dans le mois qui précède chaque date anniversaire de conclusion de l'accord.
  - *Procédure de dénonciation* : Pose question pour les salariés. Le Code du travail vise une notification collective et par écrit de la dénonciation émanant de 2/3 des salariés. Ce n'est plus un vote secret ! Cela ressemble plus à une **pétition** que certains salariés redouteront de signer par peur de représailles. L'effectivité de ce levier de remise en cause de textes jugés trop désavantageux par les salariés ne peut qu'interroger !

### Utilisation du procédé référendaire par les acteurs :

- Succès statistique : De nombreux accords conclus selon cette procédure dans les TPE (400 accords répertoriés pour le premier décompte sur la période de 12 mois après les ordonnances). Et cela ne semble pas se démentir depuis.
- Thèmes abordés : Le comité d'évaluation des ordonnances avance que 85 % environ de ces textes abordent le **temps de travail**, ce qui en fait le thème très largement majoritaire<sup>10</sup>. Il ressort même parfois le chiffre de 95% de certaines remontées de responsables d'unités départementales de la DIRECCTE.

Plus précisément, les thèmes ultra-majoritaires sont : **compte-épargne temps, aménagement du temps de travail** (souvent annualisation), **contingents d'heures supplémentaires**<sup>11</sup> et **taux de majoration des heures supplémentaires, forfaits-jours** et forfaits en heures, augmentation de la durée hebdomadaire maximale calculée sur 12 semaines<sup>12</sup>, droit à la déconnexion, congés payés, astreintes, télétravail, organisation du travail lors d'un jour férié.

- Risque d'instrumentalisation : Immédiatement des kits de négociation TPE ont été confectionnés par les cabinets d'experts-comptables pour les TPE avec proposition de modèles d'accords sur certains thèmes comme le temps de travail. Incitation, dans ces kits, à négocier la durée du préavis en cas de démission quand les durées fixées au niveau de la branche sont courtes. Incitation à négocier sur le contingent d'heures supplémentaires dans les branches où celui-ci est faible afin d'éviter l'octroi de la contrepartie obligatoire en repos. Incitation enfin à permettre à l'employeur, sans l'accord du salarié, à imposer un repos compensateur de remplacement en lieu et place du paiement et/ou des majorations pour heures supplémentaires.

---

<sup>10</sup> Pour mémoire, dans les accords et avenants issus de la négociation collective *stricto sensu*, signés par des délégués syndicaux, des salariés mandatés ou des élus et hors épargne salariale, le temps de travail n'est abordé que dans 31 % des accords et le thème salarial reste le premier traité (38 % des accords).

<sup>11</sup> Il s'agit très souvent de doubler le contingent négocié au niveau de la branche avec augmentation parfois jusqu'à 500-600 heures : ex. d'une entreprise du transport sanitaire négociant un contingent de 598 heures alors que CC fixait déjà un contingent de 480 heures.

<sup>12</sup> De 44 heures à 46 heures.

*La catégorie intermédiaire : entreprises comptant entre onze et vingt salariés*

**En théorie : une alternative** – Dans ces entreprises, lorsqu'il y a absence de CSE, le référendum d'approbation aux 2/3 est applicable. Mais cela n'extrait pas pour autant ces entreprises des règles applicables entre 11 et 49 salariés. Ainsi, le mandatement syndical demeure applicable.

**Dans les faits : avantage référendum** – Aucune articulation n'étant prévue, il y a peu de chance que le mandatement syndical puisse rencontrer un véritable écho dans ces entreprises où l'on préférera opter pour les **facilités du référendum** d'approbation aux 2/3. Cela démontre, surtout, le souhait du législateur de permettre au référendum de s'étendre en quittant le terrain des seules TPE.

## → **Les perspectives d'évolution**

Des bouleversements plus importants s'annoncent. L'état actuel du droit semble transitoire. On peut tracer à grands traits les évolutions possibles de la négociation dans les TPE-PME durant les prochaines années.

### **Scénario n° 1 : Expansion du référendum et « mise à mort » du mandatement syndical**

Dans ce scénario, il serait pris prétexte du manque d'efficacité du mandatement syndical dans les entreprises d'au moins onze salariés, mais aussi de l'absence fréquente de CSE dans les entreprises de 11 à 20 salariés pour amorcer un triple mouvement :

- ✓ Relever le seuil de mise en place du CSE à vingt salariés
- ✓ Dans les entreprises de moins de vingt salariés : rendre uniquement disponible le référendum d'approbation aux 2/3
- ✓ Dans les entreprises d'au moins vingt salariés : priorité à la négociation avec les élus ; en leur absence recourir au référendum d'approbation aux 2/3.

### **Scénario n° 2 : Négociation dans les PME et négociation pour les TPE**

Dans ce scénario, le seuil de cinquante salariés introduirait un clivage entre TPE et PME :

- ✓ Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, on maintiendrait une volonté de remplacer le délégué syndical : par des élus et/ou des salariés mandatés.
- ✓ Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les conventions et accords de branches fournirait un tissu conventionnel adapté à base d'accords-types de branche et de stipulations d'application directe. Cela suppose une implication de toutes les branches à base d'obligations de négocier sur ce tissu conventionnel spécial « TPE ».

### **Scénario n° 3 : Vers une articulation repensée des outils actuels**

Dans ce scénario, il serait moins question de bouleverser les pratiques que d'articuler ce qui aujourd'hui paraît désordonné.

- ✓ Développer les accords-types mais changer leur usage : ils ne deviendraient applicables dans les TPE-PME qu'après négociation dans l'entreprise (voire après référendum 2/3), laquelle paramètrerait le texte et validerait sa mise en œuvre.

Par exemple, l'accord type dans l'interbranche agricole (Accord d'objectifs du 15 novembre 2016 sur la restructuration de la négociation collective de l'interbranche agricole) où les partenaires sociaux s'engagent à négocier sur « *les conditions d'application de ces accords types d'entreprise, comme, par exemple, le recours au mandatement pour valider la mise en œuvre dans l'entreprise.* ». Ici, l'accord type n'est plus pensé comme un modèle servant à la prise d'une décision unilatérale ultérieure mais comme un cadre à une véritable négociation entre l'employeur et un ou plusieurs salariés mandatés.

- ✓ Renforcer le rôle d'accompagnement des TPE-PME dans la négociation par les branches et les observatoires d'analyse du dialogue social et d'appui à la négociation collective. Par exemple ; en reprenant l'idée des binômes « salarié-employeur » qui auraient vocation à appuyer les entreprises souhaitant bénéficier, en amont de leurs cycles de négociations, d'un accompagnement méthodologique et de conseils sur les clefs et conditions de bon déroulement des négociations.

### **Un rôle déjà encourageant**

Depuis l'été 2018, les observatoires, sous l'impulsion des DIRECCTE, ont commencé à prendre des initiatives visant à promouvoir le dialogue social dans les entreprises de moins de 50 salariés, par exemple :

- la rédaction et la diffusion de fiches pratiques à destination des TPE pour expliciter les thèmes ouverts à la négociation et les modalités de négociation ;
- l'élaboration de trames d'accords ;
- la mise en œuvre d'actions en direction de filières ou de secteurs professionnels ; - la mise en place de commissions thématiques (ouverture des commerces de détail le dimanche, difficultés de recrutement, formation, GPEC, etc.) ;
- l'organisation de tables rondes, à destination de certaines structures de moins de 50 salariés ;
- l'élaboration d'un questionnaire adressé aux entreprises pour connaître leurs besoins.

- ✓ Créer une incitation au mandatement syndical dans les TPE en fermant certains objets de négociation au référendum d'approbation, tout en les ouvrant aux salariés mandatés.

**Tableau récapitulatif des modalités de négociation dans les TPE-PME privées de délégué syndical**

Effectif de l'entreprise	Conditions de négociation	Objet de négociation	Conditions de validité
Entreprises de moins de onze salariés	Projet d'accord préparé par l'employeur soumis à référendum	Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise	Approbation par référendum à la majorité des deux tiers du personnel
Entreprises d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés	Négociation <b>au choix</b> avec :  → Un élu titulaire du CSE non mandaté <b>OU AU CHOIX</b>  → Un élu <u>titulaire</u> mandaté par un syndicat représentatif au niveau national <b>OU AU CHOIX</b>  → Un élu <u>suppléant</u> mandaté par un syndicat représentatif au niveau national <b>OU AU CHOIX</b>  → Un salarié non élu mandaté par un syndicat représentatif au niveau national	Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise	<b><u>Majorité électorale mesurée lors des élections</u></b> <b><u>CSE des titulaires :</u></b>  Signature par l'élu titulaire représentant le plus gros score électoral
	<b><u>Majorité électorale mesurée lors des élections</u></b> <b><u>CSE des suppléants :</u></b>  Signature par l'élu suppléant représentant le plus gros score électoral		
	Approbation par référendum à la majorité des votants		
Entreprises d'au moins cinquante salariés	→ Un ou des élus titulaires du CSE mandatés par un syndicat représentatif au niveau national (branche ou interprofession) <b>OU À DÉFAUT</b>	Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise	Approbation par référendum à la majorité des votants
	→ Un ou des élus titulaires du CSE non mandatés <b>OU À DÉFAUT</b>	Mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif	<b><u>Majorité électorale mesurée lors des élections</u></b> <b><u>CSE des titulaires :</u></b>  Signature par un ou des élus titulaires représentant un score électoral supérieur à celui du ou des élus titulaires non-signataires
	→ Un ou des salariés mandatés par un syndicat représentatif au niveau national (branche ou interprofession)	Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise	Approbation par référendum à la majorité des votants



Institut

du **travail**

Université de Strasbourg

# Les Rendez-vous du Dialogue social 2019

## ●●● **Actualités du détachement**

Fabienne Muller, enseignant-chercheur en droit social,  
Université de Strasbourg

📍 CCI Alsace Eurométropole – Colmar

📅 Mardi 22 octobre 2019, de 9h à 12h

Fabienne Muller dressera le panorama de l'actualité concernant le détachement des travailleurs : responsabilités et sanctions encourues en cas d'infraction aux règles du détachement, actions des corps de contrôle en droit du travail et en droit de la sécurité sociale, état de la jurisprudence nationale et européenne.

🆓 Entrée libre sur inscription  
dans la limite des places disponibles

✉ [tiphaine.garat@unistra.fr](mailto:tiphaine.garat@unistra.fr)

☎ 03 68 85 83 25

📍 **Chambre de commerce et  
d'industrie de Colmar**

1 Place de la Gare



**DIRECCTE**  
GRAND EST

Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence,  
de la Consommation, du Travail et de l'Emploi



Institut

du **travail**

Université de Strasbourg

# Les Rendez-vous du Dialogue social 2019

## ●●● Négocier la déconnexion : Analyse des accords déconnexion dans la région Grand Est

📍 Salle Ourisson, Institut Lebel, Strasbourg

📅 Mardi 19 novembre, de 14h à 16h

Ce rendez-vous sera l'occasion de présenter et de discuter des principaux résultats d'une étude sur les accords « déconnexion » menée par l'Institut du travail de Strasbourg, pour la DIRECCTE Grand Est. Il s'agit de comprendre la manière dont les entreprises se sont saisies du droit à la déconnexion, de repérer les dispositifs qu'elles ont mis en place pour réguler l'utilisation des outils numériques et d'analyser les conditions de la mise en œuvre de la déconnexion.

Un temps d'échange sera organisé autour d'une pause-café à l'issue de la conférence.

🆓 Entrée libre sur inscription  
dans la limite des places disponibles

✉ [tiphaine.garat@unistra.fr](mailto:tiphaine.garat@unistra.fr)

☎ 03 68 85 83 25

📍 **Institut Lebel**

8 rue Blaise Pascal - Strasbourg

Campus de l'Esplanade

Tram E, C et F (Observatoire)



**DIRECCTE**  
GRAND EST

Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence,  
de la Consommation, du Travail et de l'Emploi



Institut

du **travail**

Université de Strasbourg

# Les Rendez-vous du Dialogue social 2019

## ●●● Partage de la valeur ajoutée et pouvoir de négociation

Philippe Askenazy, économiste

📍 Salle de conférence – ISIS – Strasbourg

📅 Vendredi 29 novembre, de 14h à 17h

Philippe Askenazy est directeur de recherche au CNRS (Centre Maurice Halbwachs), professeur attaché à l'Ecole Normale Supérieure et research fellow de l'IZA (DE).

Il viendra nous présenter ses travaux sur les déformations du partage de la valeur ajoutée entre rémunérations du travail et rémunération du capital, et au sein de ces rémunérations. Ce sera l'occasion de parler de son dernier livre « Partager les richesses » (édition Odile Jacob 2019), où il désigne le monde du travail comme le grand perdant. Il s'interrogera sur les moyens de réduire les inégalités et s'attachera plus particulièrement à mettre en évidence le rôle et les conditions de la mobilisation des travailleurs dans ce processus.

🆓 Entrée libre sur inscription  
dans la limite des places disponibles

✉ [tiphaine.garat@unistra.fr](mailto:tiphaine.garat@unistra.fr)

☎ 03 68 85 83 25

📍 ISIS - Institut de Science et  
d'Ingénierie Supramoléculaires

8 allée Gaspard Monge - Strasbourg

Campus de l'Esplanade

Tram E, C et F (Observatoire)



MINISTÈRE DU TRAVAIL

DIRECCTE  
GRAND EST

Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence,  
de la Consommation, du Travail et de l'Emploi