

Droit social 2017 p.1027

L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise

Paul-Henri Antonmattei, Professeur à l'université de Montpellier - École de droit social de Montpellier (EA 2996) - Avocat associé (Barthélémy Avocats)

L'essentiel

Avec les ordonnances du 22 septembre 2017, l'accord d'entreprise atteint un sommet normatif. La primauté sur la branche, érigée désormais en principe, y contribue fortement. L'accord d'entreprise gagne aussi en efficacité dans des champs déjà ouverts et se voit octroyer de nouveaux espaces. Il peut ainsi organiser avec plus de liberté la négociation obligatoire. Il progresse sur le terrain économique et social via un nouvel accord d'adaptation économique et sociale et l'accord portant rupture conventionnelle collective. Dans ce contexte de promotion renforcée de l'accord d'entreprise, on comprend que la généralisation de l'accord majoritaire soit avancée au 1^{er} mai 2018 et que la sécurisation soit plus efficace. Il appartient désormais aux négociateurs de s'approprier cette nouvelle réforme dont le succès est aussi lié au passage à une culture de la négociation collective.

1. Il a atteint un sommet. Est-ce le dernier ? Pour quelques années, on peut le penser, tant l'altitude est élevée. Quelle spectaculaire ascension normative de l'accord d'entreprise depuis que la porte de la dérogation lui a été ouverte en 1982 !

L'étape parcourue, via les ordonnances du 22 septembre 2017, n'aurait certes pas été possible sans les réformes de 2004, 2008, 2013, 2015 et 2016. Mais elle marquera, par son importance, l'histoire de cet acte collectif et, partant, celle de la refondation du droit du travail.

2. Le gouvernement a accéléré le tempo de ce renforcement de la négociation collective annoncé par la loi El Khomri : *exit* l'article 1^{er} de cette dernière et sa commission d'experts et de praticiens des relations sociales (1) chargée de proposer une refondation de la partie législative du code du travail en attribuant une place centrale à la négociation collective. Inutile d'attendre dès lors que l'on « fait confiance aux entreprises et aux salariés en leur donnant la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon plus simple, rapide et efficace, grâce à la négociation collective » (2). Le discours des nouveaux réformateurs rejoint celui des précédents et l'accord d'entreprise se trouve en premier de cordée.

Cette réforme qui place, plus que jamais, l'accord d'entreprise au centre de gravité du droit du travail est contestée : elle serait « datée et hors de propos » (3) alors que l'économie en réseaux incite à élargir les participants à la négociation. Il n'y a pas d'antinomie. Ces réseaux et les territoires sont certes des niveaux pertinents de négociation (4) qui devraient être plus souvent utilisés via notamment le nouvel accord interentreprises (5), mais, dans de nombreuses activités encore, c'est l'entreprise qui constitue le lieu idoine d'une organisation adaptée et évolutive des relations de travail par un accord collectif de proximité.

3. La progression de l'accord d'entreprise est fortement assurée par le concept de primauté. Mise en place en 2008 pour contrer certains verrouillages de branche en réponse à la liberté offerte à l'entreprise par la loi du 4 mai 2004, promue en 2016 dans le domaine sensible de la durée du travail (6), la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche devient, avec l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, le principe (7).

L'évolution est spectaculaire et la riposte de certaines branches ne s'est pas fait attendre avec un nouveau verrouillage illustré, pour l'heure, par une définition conventionnelle élargie « des salaires minima hiérarchiques » (8). C'est un mauvais départ pour cette nouvelle articulation entre la branche et l'entreprise (9). Voilà aussi des difficultés juridiques en perspective car cette pratique, dont la licéité n'a pas été contestée par le ministère du Travail (qui l'a même accompagnée), méconnaît, à la fois, la notion communément admise de salaires minima hiérarchiques (10), et la volonté gouvernementale d'offrir à l'entreprise un champ plus ouvert de négociation sur les salaires. Maintenant que le ministre du Travail « peut également refuser, pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence, l'extension d'un accord collectif » (11), le débat pourrait s'enrichir.

4. Il ne faudrait pas non plus que le jeu de « garanties au moins équivalentes » assurées par l'accord d'entreprise dans les domaines réservés à la branche n'alimente le contentieux. Le fonctionnement de cette intrusion de l'accord d'entreprise sur la chasse gardée de la branche mériterait d'être mieux expliqué. En affirmant que « dans les matières énumérées aux 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes » (12), la nouvelle disposition laisse à penser que la capacité d'intervention de l'accord d'entreprise est la même pour les treize thèmes, alors que pour certains d'entre eux, seul l'accord de branche peut intervenir. Exemple : la mise en place d'une modulation du temps de travail sur une durée pouvant aller jusqu'à trois ans (13). L'instauration d'une garantie au moins équivalente est subordonnée, dans ces matières, à une intervention préalable de la branche.

On est aussi confronté aux affres de la comparaison entre stipulations conventionnelles. Si l'appréciation pour l'ensemble des salariés devrait s'imposer, il n'est pas certain qu'une comparaison « domaine par domaine » (14) exprime vraiment le sens de l'équivalence. L'intérêt de cette notion n'est-il pas de comparer des stipulations portant précisément sur des domaines différents ? L'occasion de répondre sera donnée par des accords d'entreprises comportant des clauses relatives à plusieurs matières du bloc 1 (celui de l'article L. 2253-1) et liées par une indivisibilité voire par l'affirmation conventionnelle qu'elles apportent des garanties au moins équivalentes à celles de la convention de branche. On ne conseillera pas aux entreprises de s'engouffrer dans la brèche ainsi ouverte et ce d'autant que, à bien regarder les treize thèmes concernés, la possibilité et l'intérêt de prévoir de telles stipulations dans l'accord d'entreprise méritent discussion. Le respect du territoire de la branche permettra aussi de mieux promouvoir la complémentarité attendue des deux niveaux de négociation.

5. La nouvelle promotion de l'accord d'entreprise n'est pas assurée seulement par l'affirmation d'un principe de primauté. L'accord d'entreprise gagne en efficacité dans des champs déjà ouverts et se voit octroyer de nouveaux espaces.

L'ordonnance sur le renforcement de la négociation collective permet ainsi à l'accord d'entreprise d'organiser la négociation obligatoire (15) avec beaucoup plus de liberté comme en témoigne déjà la mise en place de la trilogie ordre public / champ de la négociation collective /dispositions supplétives dans l'organisation des règles relatives à la négociation obligatoire en entreprise (16). Dans le registre de l'ordre public, le passage à une périodicité de quatre ans des trois négociations obligatoires (17) est un changement significatif amplifié par la possibilité de conclure un accord d'entreprise, d'une durée maximale de quatre ans, qui précise notamment la périodicité et le contenu des deux obligations mentionnées à l'article L. 2242-1 (18). Le grain à moudre est plus fort que celui offert aux accords conclus sous l'empire de la loi Rebsamen du 17 août 2015 (19). Les sous-thèmes des deux blocs de négociations obligatoires prévus désormais par les dispositions supplétives des articles L. 2242-15 et L. 2242-17 peuvent être, en effet, écartés, l'article L. 2242-11 ne visant que les thèmes mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 2242-1, soit « une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise » et « une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et la qualité de vie au travail » (20). Cette liberté va permettre d'organiser une négociation mieux adaptée à la réalité conventionnelle de l'entreprise. Ainsi, les négociateurs pourront notamment tenir compte des accords déjà conclus sur les thèmes de la négociation obligatoire et ne pas les renégocier à une échéance annuelle en décalage avec ce que l'accord prévoit dans le cadre d'une clause de revoyure.

Pour échapper au jeu des dispositions supplétives (21), l'accord d'organisation de la négociation obligatoire devra être conclu conformément aux dispositions de l'article L. 2242-11 (22). Si une clause fait défaut, l'application des dispositions supplétives pourra être demandée. On assistera aussi à un retour de ces dispositions lorsque l'accord cessera de produire ses effets. À quel moment ? L'ancien article L. 2242-1, alinéa 5, permettait à une organisation syndicale de demander l'ouverture de la négociation au terme de l'accord organisant la négociation obligatoire. Cette possibilité n'est plus présente dans le nouvel article L. 2242-13. La carence de l'employeur qui permettra la demande syndicale d'ouverture de la négociation s'appréciera donc par rapport à la dernière négociation effectivement menée.

Les dispositions supplétives s'appliqueront aussi en cas de non-respect des stipulations de l'accord (23). La sanction est intéressante mais difficile à mettre en oeuvre car le constat de ce manquement sera débattu même si les modalités de suivi qui doivent impérativement être déterminées par l'accord permettront plus facilement de l'identifier. Surtout, le texte laisse à penser que toute violation (24) conduit à une application des dispositions supplétives. Autant, la violation des stipulations sur le contenu et la périodicité des négociations justifie le jeu de la sanction, autant le non-respect d'un lieu de réunion fixé par l'accord ne devrait pas entraîner le retour des dispositions supplétives.

6. L'accord d'entreprise progresse aussi sur le terrain de l'organisation économique et sociale de l'entreprise. L'harmonisation des accords dits de compétitivité est salutaire car la diversité législative avait fini par nuire à leur efficacité. Ce n'est pas seulement l'unicité du régime du licenciement du salarié refusant l'application de l'accord qui est désormais notable mais aussi et surtout le potentiel de ce nouvel accord. Il ne s'agit pas uniquement de recycler les accords défensifs et offensifs sur l'emploi jusque-là pratiqués. Les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise suffisent maintenant pour aménager, par accord d'entreprise (25), la durée du travail (26) ainsi que la rémunération (27) et pour déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise (28). Pour des entreprises confrontées à des marchés fluctuants qui pratiquent souvent l'embauche et le licenciement économique, l'accord organisera, de manière plus pérenne, une variation (29) du temps de travail et de la rémunération liée à la charge économique de l'entreprise, permettant plus facilement un maintien de l'effectif.

7. On saluera aussi le renforcement de l'accord d'entreprise dans l'organisation de la rupture d'un commun accord du contrat (30). C'est fort justement la vertu de l'anticipation qui est confortée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, plaçant ainsi de plus en plus le licenciement pour motif économique comme l'ultime alternative. Greffé à un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC), le congé de mobilité devient accessible aux entreprises d'au moins 300 salariés et n'est plus réservé aux salariés concernés par un licenciement pour motif économique (31). Mais la nouveauté la plus significative, qui est une des innovations majeures de ces ordonnances, est cette « rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective » (32), tellement inspirée des plans de départs volontaires (PDV) que l'on s'interroge déjà sur la coexistence possible des deux dispositifs (33). Si l'on veut bien croire que le cumul réponde au projet des réformateurs, reconnaissons toutefois que le contenu imposé de l'accord portant rupture conventionnelle collective (34) ressemble à s'y méprendre à la pratique des PDV. Le changement de vocable ne trompe pas. Nous sommes dans le même registre qu'exprime bien le nouvel article L. 1237-19 : « Un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois ». Sur le terrain de la prévisibilité et de la sécurité sur lequel se place l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, il sera difficile de promouvoir cet accord au régime autonome, fort opportunément coupé du droit du licenciement pour motif économique, alors que serait maintenu un plan unilatéral, ignoré du code du travail et dont le régime resterait celui peu enviable décrit par le rapport au président de la République (35). N'attendons pas le contentieux pour trancher. Si un plan unilatéral de départs volontaires doit être maintenu (36), que l'ordonnance dite « rectificative » (37) à venir l'organise et qu'elle en profite pour mieux positionner le volontariat comme mesure d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) consécutif à l'ouverture d'un licenciement collectif pour motif économique, surtout depuis que la chambre sociale de la Cour de cassation affirme que « le licenciement pour motif économique des salariés qui ont exprimé l'intention de quitter l'entreprise ne constitue pas une rupture amiable du contrat de travail » (38) car, à moins d'être initié, il n'est pas certain que toutes ces variations autour de la rupture conventionnelle soient accessibles à tous.

8. Cap aussi sur l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 qui assure la fusion des institutions représentatives du personnel par la mise en place du comité social et économique (CSE). Passé le temps du repérage des changements opérés et des reprises de dispositions existantes, le lecteur est marqué par le champ ouvert à l'accord d'entreprise, comme en témoigne notamment la mise en place, à plusieurs reprises, de la trilogie ordre public/champ de la négociation collective/dispositions supplétives. La liste des sujets négociables augmente sensiblement avec, pour certains d'entre eux, une liberté accrue : nombre et périmètre d'établissements, mise en place des représentants de proximité « base de données économiques et sociales », organisation des trois consultations récurrentes et des consultations ponctuelles, nombre d'expertises, contribution aux activités sociales

et culturelles, mise en place de commissions supplémentaires, sans compter la mise en place du conseil d'entreprise qui, outre l'exercice des attributions du CSE, sera seul compétent, à l'exception de quelques accords, pour négocier. Autant dire que la voie d'un CSE sur-mesure sera souvent empruntée.

9. Dans ce contexte de renforcement significatif de la place de l'accord d'entreprise, on comprend que la généralisation de l'accord majoritaire soit avancée : 1^{er} mai 2018 (39) à la place du 1^{er} septembre 2019. Que ceux qui pensent encore que cette généralisation sera source de blocages se rassurent. C'est un « plus de 50 % » allégué qui a été choisi en 2016 car le calcul tient compte seulement des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives signataires (40) et, surtout, le référendum, ouvert par la loi El Khomri (41), peut être désormais initié par l'employeur (42), même si cette initiative patronale est subsidiaire à celle des organisations syndicales signataires (43) et peut avorter si l'ensemble de ces dernières s'y opposent (44).

10. La place renforcée de l'accord collectif (quel que soit le niveau de conclusion) justifie aussi une sécurisation meilleure, qui passe par une limitation du risque contentieux. Ainsi, « il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent » (45). La voilure s'est un peu réduite sous le vent contraire du Conseil d'État (46) et cette reprise du droit commun ne devrait pas trop dissuader les belliqueux, encore que cette nouvelle disposition, qui se place clairement dans le sillage de l'importante jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur l'application du principe d'égalité de traitement aux différences d'origine conventionnelle (47), devient une règle générale dans le contentieux des accords collectifs évinçant dès lors les dispositions particulières comme celles qui régissent la preuve de la discrimination. Quant au champ de cette « présomption simple de conformité » (48), il faut voir large : « Cette présomption vise le contenu de l'accord, ses conditions de validité ainsi que le déroulement des négociations » (49).

Le délai d'action en nullité est aussi ciblé pour le réduire : « Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois ». Pour l'accord d'entreprise, le délai court à compter de la notification prévue à l'article L. 2231-5 (50), pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise. Dans les autres cas, est retenue la date de publication de l'accord dans la base de données nationale prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas. Le texte précise utilement que ce délai s'applique sans préjudice des articles L. 1233-24 (51), L. 1235-7-1 (52) et L. 1237-19-8 (53) du code du travail. Sans discussion possible, ce nouveau dispositif (54) ne concerne pas l'exception de nullité plaidée dans le cadre d'un contentieux prud'homal.

Enfin, pour limiter les effets dommageables d'une rétroactivité consécutive à l'annulation judiciaire de l'accord, le nouvel article L. 2262-15 du code du travail organise la possibilité offerte au juge de moduler les effets de sa décision dans le temps : « En cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même (55) fondement ».

11. Que les nouveaux réformateurs facilitent « l'accès de toutes les entreprises à l'accord d'entreprise » (56) ne surprendra pas, encore que les réformes précédentes y ont très largement contribué. Voilà qu'est repris pour la énième fois le régime de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Pour quelles raisons ? Sans doute pour mieux adapter les dispositifs en fonction de la taille de l'entreprise. La présentation est effectivement plus claire : un dispositif pour les entreprises de moins de 11 salariés et pour celles entre 11 et 20 salariés qui ne disposent pas de membre élu de la délégation du personnel du CSE ; un dispositif pour les 11 à 50 salariés qui disposent d'un CSE ; un dispositif inchangé dans les entreprises de plus de 50 salariés (57). Mais c'est surtout le mandatement syndical qui fait les frais de cette nouvelle réforme. L'innovation la plus forte concerne le premier dispositif applicable aux plus petites entreprises. *Exit* les salariés mandatés et place désormais à un projet d'accord proposé par l'employeur aux salariés et dont la ratification à la majorité des deux tiers du personnel conduit à un accord « valide » (58). Présent, certes, depuis des années, en matière d'intéressement et de participation, ce dispositif s'éloigne fortement des fondamentaux de la négociation collective et devra être pratiqué avec parcimonie, loyauté et sérieux, pour ne pas donner raison à ses détracteurs qui dénoncent déjà un risque de régression sociale née d'accords ratifiés sous une pression patronale.

12. Le pari français de l'accord d'entreprise est donc conforté par cette salve d'ordonnances du 22 septembre 2017. Il n'est toujours pas gagné et l'actuel gouvernement, plus que les précédents, en a conscience en exhortant les acteurs à s'emparer de la liberté ainsi offerte. Les préconisations du rapport Combexelle pour passer à une culture de la négociation collective restent, plus que jamais, d'actualité. Elles commencent à trouver traduction dans des formations communes en entreprise et à l'Université. Ces nouvelles initiatives n'expliquent certes pas la hausse annuelle de 15 % des accords d'entreprises (59)... mais la mayonnaise commence à prendre.

Mots clés :

CONVENTION COLLECTIVE * Négociation collective * Accord d'entreprise * Accord de branche * Réforme du code du travail * Ordonnances du 22 septembre 2017

TRAVAIL * Généralités * Code du travail * Réforme * Ordonnances du 22 septembre 2017 * Normes conventionnelles




(1) Qui n'a pas vu le jour sous le précédent gouvernement et ne le verra donc pas sous l'actuel.

(2) Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

(3) A. Suptot, Et si l'on refondait le droit du travail..., Le Monde diplomatique, oct. 2017. 22.

(4) En ce sens, v. A. Suptot, préc.

(5) Mis en place par la loi du 8 août 2016, v. C. trav., art. L. 2232-36 à L. 2232-38 ; Lamy Négociation collective, étude 24.

(6) Au point d'en faire le principe. V., F. Favennec-Héry, La négociation collective dans le droit de la durée du travail, Dr. soc. 2016. 892  ; F. Géa, Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise, Dr. soc. 2016. 516  ; et notre article, La primauté de l'accord d'entreprise, Dr. soc. 2016. 513 .

(7) C. trav., art. L. 2253-3 : « Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique ».

(8) V. Protocole d'accord de la branche transports routiers et activités auxiliaires du transport du 4 oct. 2017.

(9) V. l'article de G. Auzero qui est consacré au rapport entre la branche et l'entreprise dans le présent numéro, p. 1018.

(10) La circulaire du 22 sept. 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 avait justement affirmé que « la notion de salaires minima recouvre quant à elle les salaires minima hiérarchiques horaires ou mensuels et les salaires garantis minima mensuels ou annuels (RAG) correspondant aux grilles de classification fixées par la convention ou l'accord collectif de branche » (fiche n° 2, pt 1.3.2).

(11) C. trav., art. L. 2261-25, al. 1^{er}.

(12) V. C. trav., art. L. 2253-1, *in fine*.

(13) C. trav., art. L. 3121-44, 1^o.

(14) Préconisée par le rapport remis au président de la République.

(15) On se souvient que la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 avait précisé que la négociation annuelle obligatoire portant sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée pouvait « avoir lieu au niveau des établissements ou des groupes d'établissements distincts » (C. trav., art. L. 2242-5, *in fine*), laissant ainsi à penser que les autres thèmes n'étaient pas concernés par une négociation d'établissement. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 a supprimé cette disposition, permettant ainsi de délocaliser au niveau de l'établissement tous les thèmes de la négociation obligatoire.

(16) Depuis des années, deux articles du code du travail prévoient des sanctions pénales :

- l'article L. 2243-1 : « Le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € » ;

- l'article L. 2243-2 : « Le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-1 et L. 2242-20 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € ».

La rédaction de ces deux articles n'a pas été modifiée par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. Or le contenu de l'art. L. 2242-1 a changé : il ne vise que les deux premiers blocs de la négociation obligatoire sans autre précision, ce qui prive d'efficacité le texte de l'art. L. 2243-1. Quant à l'art. L. 2242-20, son contenu n'est plus le même. Si l'on s'en tient à la rédaction de l'art. L. 2243-2 et à celle de l'actuel art. L. 2242-1, la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels ne serait plus concernée alors que la loi du 17 août 2015 l'avait placée dans le champ du texte pénal. Il est fort probable que ces deux textes soient modifiés dans le cadre de l'ordonnance dite de rectification annoncée par le gouvernement.

(17) V. C. trav., art. L. 2242-1 : « Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans :

1° une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ;

2° une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail ».

Adde C. trav., art. L. 2242-2 : « Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 d'au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France l'employeur engage, au moins une fois tous les quatre ans, en plus des négociations mentionnées à l'article L. 2242-1, une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels ». Ces négociations-obligations n'ont plus à prendre en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (v. anc. art. L. 2242-10). Cette suppression est sans conséquences dès lors que les entreprises concernées sont tenues de négocier sur ce thème.

(18) L'art. L. 2242-11 nouveau ne vise pas la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels. Dès lors que ce thème est d'ordre public et que l'art. L. 2242-20 prévoit des dispositions supplétives, il peut faire l'objet d'une négociation dans le cadre des dispositions des art. L. 2242-10 et L. 2242-11. Si un accord est conclu, sur ce thème, les entreprises sont désormais dispensées de négocier sur la mixité des métiers et sur les sous-thèmes contenus dans l'art. L. 2242-20. Jusqu'à présent, on pouvait porter la périodicité de la négociation de ce thème à cinq ans. C'est désormais quatre ans.

(19) L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 ne se préoccupe pas du sort des accords alors que les dispositions qui les organisaient ont disparu. Faute de règles transitoires, leur caducité peut être envisagée.

(20) Relèvent de l'ordre public, les dispositions qui en l'absence d'accord sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes imposent l'établissement d'un plan d'action annuel (C. trav., art. L. 2242-3) et celles qui, en l'absence de couverture sur ce thème, imposent une pénalité financière (C. trav., art. L. 2242-8 et L. 2242-9).

Sont aussi dans le même bloc, les dispositions sur la pénalité financière lorsque l'employeur n'a pas rempli l'obligation de négociation sur les salaires effectifs (C. trav., art. L. 2242-7). L'impossibilité pour l'employeur d'arrêter de décisions unilatérales tant que la négociation est en cours (L. 2242-4) est aussi une disposition d'ordre public. Curieusement ne sont concernées que les négociations visées à l'art. L. 2242-1, ce qui exclut la négociation sur le troisième bloc. Peut-être une erreur !

(21) Qui concernent, à quelques petites modifications près, les dispositions législatives qui organisaient jusqu'à présent, de manière impérative, la négociation obligatoire (v. désormais, C. trav., art. L. 2242-13 s.).

(22) C. trav., art. L. 2242-11 : « L'accord conclu à l'issue de la négociation mentionnée à l'article L. 2242-10 précise :

1) les thèmes des négociations de telle sorte qu'au moins tous les quatre ans soient négociés les thèmes mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 2242-1 ;

2) la périodicité et le contenu de chacun des thèmes ;

3) le calendrier et les lieux des réunions ;

4) les informations que l'employeur remet aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise ;

5) les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties.

La durée de l'accord ne peut excéder quatre ans ».

(23) C. trav., art. L. 2242-13, al. 1^{er}.

(24) « En cas de non-respect de ses stipulations ».

(25) V. sur cet accord, l'article de P. Lockiec dans le présent numéro, p. 1024.

(26) « Ses modalités d'organisation et de répartition » (C. trav., art. L. 2254-2, I).

(27) « Au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect du SMIC et des salaires minima hiérarchique » (C. trav., art. L. 2254-2, I).

(28) C. trav., art. L. 2254-2, I.

(29) En pratique, dans des limites fixées par l'accord.

(30) Est insérée dans le code du travail à la suite de la rupture conventionnelle homologuée, une section intitulée « Rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif » (L. 1237-17 et suivants).

(31) V. C. trav., art. L. 1237-18 à L. 1237-18-5.

(32) C. trav., art. L. 1237-19 à L. 1237-19-14. V. sur cet accord, l'article de P. Morvan, à paraître dans le numéro de janv. 2018.

(33) V., G. Loiseau, Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord, Sem. soc. Lamy 2017, n° 1788, p. 9.

(34) C. trav., art. L. 1237-19-1.

(35) « En effet, les obligations de l'employeur dans le cadre de la rupture conventionnelle collective découlent de la

combinaison d'articles du code du travail et du code civil et ne sont pas toujours lisibles, incitatives ni sécurisées. L'employeur est ainsi contraint d'appliquer la procédure prévue dans le cadre des plans de sauvegarde de l'emploi alors même qu'il n'envisage pas de suppression de postes si les salariés ne sont pas volontaires au départ ».


(36) Les arguments ne manquent pas. V., G. Loiseau, Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord, Sem. soc. Lamy 2017, n° 1788, p. 9.

(37) « I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin d'harmoniser l'état du droit, d'assurer la cohérence des textes, d'abroger les dispositions devenues sans objet et de remédier aux éventuelles erreurs en :

1) prévoyant les mesures de coordination et de mise en cohérence résultant des ordonnances prises sur le fondement de la présente loi ;


2) corrigeant des erreurs matérielles ou des incohérences contenues dans le code du travail ou d'autres codes à la suite des évolutions législatives consécutives à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, à la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, à 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 et à la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ;

3) actualisant les références au code du travail modifiées à la suite des évolutions législatives mentionnées au 2° du présent I dans les codes, lois et ordonnances en vigueur » (L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 6, I).

(38) Soc., 14 sept. 2017, n° 16-20.552, publié au Bulletin, D. 2017. 1840 .

(39) L'exigence majoritaire s'applique aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 dès la publication de l'ordonnance n° 2017-1385. On se souvient que, depuis le 1^{er} janv. 2017, l'exigence majoritaire d'engagement s'applique aux accords conclus en matière de durée de travail, de repos et de congés.

(40) Alors que, pour le 30 % applicable depuis le 1^{er} janv. 2009, sont retenus tous les suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales.

(41) L'art. L. 2232-12 du code du travail, dans sa version issue de la loi du 8 août 2016, prévoyait que la « consultation des salariés, qui peut être organisée par voie électronique, se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et les organisations signataires » (al. 4). Dans le cadre d'une QPC, le Conseil constitutionnel a considéré qu'« en prévoyant que seules les organisations syndicales qui ont signé un accord d'entreprise ou d'établissement et ont souhaité le soumettre à la consultation des salariés sont appelées à conclure le protocole fixant les modalités d'organisation de cette consultation, les dispositions contestées instituent une différence de traitement qui ne repose ni sur une différence de situation ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi. Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le quatrième alinéa de l'article L. 2232-12 du code du travail et le cinquième alinéa du paragraphe II de l'article L. 514-3-1 du code rural et de la pêche maritime doivent donc être déclarés contraires à la Constitution » (Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-664 QPC, D. 2017. 2103 ). Cette censure a été anticipée par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 puisque désormais ce protocole spécifique est conclu entre l'employeur et « une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants » (C. trav., art. L. 2232-12, al. 5).

(42) Si ce seuil n'est pas atteint mais que l'accord est toutefois signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives, 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 (C. trav., art. L. 2232-12, al. 2).









(43) Puisqu'elle ne peut intervenir qu'au terme du délai d'un mois offert aux organisations syndicales signataires. Le texte ne précise pas le délai offert à l'employeur pour demander l'organisation d'un référendum. À moins qu'un décret ne le précise, on peut penser qu'en pratique l'employeur qui souhaite une validation référendaire ne tardera pas à exprimer sa demande.

(44) « Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations » (C. trav., art. L. 2232-12, al. 2).

(45) C. trav., art. L. 2262-13.

(46) CE, avis, 22 juin 2017, n° 393357 : « Le projet de loi habilite le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des dispositions destinées à faire bénéficier les accords collectifs d'une présomption de conformité à la loi. Cette disposition s'inspire des arrêts rendus par la Cour de cassation le 27 janv. 2015 - puis les 8 juin 2016 et 3 nov. 2016 - en matière d'égalité de traitement, aux termes desquels les différences de traitement "opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociées et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle". Le Conseil d'État, s'il approuve la logique du projet, considère qu'une interprétation de cette jurisprudence comme une présomption de conformité à la loi des accords

collectifs présenterait des risques, notamment constitutionnels, au regard du droit au recours, et qu'il est plus adapté de raisonner en termes de charge de la preuve. Le Conseil d'État propose de modifier, en conséquence, la rédaction du projet afin de permettre, par ordonnance, de préciser les conditions dans lesquelles il appartient à celui qui conteste un accord de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent ».

(47) Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Bull. civ. V, n° 9, D. 2015. 270, obs. C. C. cass.  ; *ibid.* 829, obs. J. Porta et P. Lokiec  ; *ibid.* 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2015. 237, étude A. Fabre  ; *ibid.* 351, étude P.-H. Antonmattei  ; RDT 2015. 339, obs. E. Peskine  ; *ibid.* 472, obs. G. Pignarre  - Avec comme dernière application, Soc., 4 oct. 2017, n° 16-17.517, publié au Bulletin, D. 2017. 1981  : « Attendu que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'entreprise négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'ensemble de cette entreprise et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ».

(48) Rapport au président de la République.

(49) Rapport précité.

(50) « La partie la plus diligente des organisations signataires d'une convention ou d'un accord en notifie le texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature ».

(51) Les modalités d'information et de consultation du comité et, le cas échéant, le cadre de recours à une expertise par le comité social et économique lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours.

(52) Accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi.

(53) Accord portant rupture conventionnelle collective.

(54) Conformément à l'art. 15 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017, les dispositions du présent article s'appliquent aux conventions ou accords conclus postérieurement à la date de publication de ladite ordonnance. Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de ladite ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. Pour les conventions ou accords conclus antérieurement à la publication de la présente ordonnance et pour lesquels aucune instance n'a été introduite avant cette publication, le délai de deux mois mentionné court à compter de cette publication.

(55) Rapport.

(56) Rapport au président de la République.

(57) Sur ces nouveaux dispositifs, v. l'article de F. Canut dans le présent numéro, p. 1033.

(58) C. trav., art. L. 2232-22.

(59) 42 200 conclus en 2016 (36 600 en 2015). V. Sur le bilan annuel de la négociation collective, Sem. soc. Lamy 2017, n° 1789, p. 2.