

Troisième partie

La négociation collective et les accords collectifs de travail

Les conventions et accords collectifs de travail – on ne fera pas ici de distinction entre conventions et accords – sont les normes issues, en principe, de la négociation collective entre les partenaires sociaux, c'est-à-dire, d'un côté, l'employeur ou une organisation représentative d'employeurs et, de l'autre, un ou des syndicats représentatifs de salariés. Ces normes présentent une nature hybride, tenant à la fois du contrat en ce qui concerne leur conclusion qui requiert un accord de volonté, et du règlement en ce que les règles qu'elles comportent s'appliquent aux salariés alors même que ces derniers n'ont pas été personnellement parties à l'accord. Elles constituent, pour les salariés de l'entreprise, le statut conventionnel qui régit leur situation sous réserve des stipulations particulières de leur contrat de travail. A cet égard, les accords collectifs portent majoritairement sur des éléments de la relation de travail envisagée d'un point de vue collectif (période d'essai, forfaits en jours ou en heures, salaires, primes, etc.). Mais ils peuvent aussi concerner les institutions représentatives du personnel (accords de droit syndical, accords sur le CSE, etc.).

Le droit de la négociation collective remonte au début du XXe siècle mais il a pris vraiment son essor avec les lois Auroux de 1982 qui ont en particulier rendu certaines négociations obligatoires. C'est ensuite la loi du 20 août 2008 qui, en renforçant la légitimité des organisations syndicales aptes à conclure un accord collectif – en faisant reposer la représentativité notamment sur l'élection – a voulu favoriser le développement du droit négocié. Mais ce sont surtout la loi du 8 août 2016 et l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 qui ont créé les conditions d'un dynamisme de la négociation collective. La loi de 2016 a introduit dans certaines parties du Code du travail – et en particulier en ce qui concerne les règles relatives à la durée du travail, au repos et aux congés – un triptyque à trois branches : la première branche est constituée par l'ordre public dont les dispositions constituent une base impérative commune pour toutes les entreprises ; la deuxième branche porte sur le champ ouvert à la négociation collective, autrement dit toutes les règles qui peuvent être adoptées/adaptées par accord collectif sous réserve de respecter l'ordre public ; la troisième branche réunit les dispositions supplétives, c'est-à-dire les règles légales qui ont vocation à s'appliquer en l'absence d'accord collectif. Ce triptyque illustre l'importance donnée à la négociation collective puisqu'une partie des règles légales auparavant applicables dans les entreprises au titre de l'ordre public social sont devenues supplétives, leur déclassement ouvrant corrélativement une place plus grande aux normes conventionnelles. De fait, des règles qui étaient auparavant impératives sont devenues supplétives et peuvent désormais être préemptées par des normes

conventionnelles issues d'accords collectifs, même dans un sens moins favorable aux salariés. Par exemple, en matière de rémunération des heures supplémentaires, il était prévu une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires et une majoration de 50 % pour les heures suivantes. Cette règle est désormais supplétive de sorte qu'un accord collectif peut fixer un taux de majoration inférieur, dans la limite de 10 % (C. trav., articles L. 3121-33 et L. 3121-36). Autre exemple s'agissant du travail à temps partiel. La loi du 14 juin 2013 avait prévu au titre de l'ordre public la garantie d'une durée minimale de vingt-quatre heures hebdomadaires, sauf si le travailleur exprimait la volonté contraire. Désormais, la durée minimale de vingt-quatre heures hebdomadaires est devenue une simple règle supplétive, un accord de branche étendu peut fixer une durée différente, y compris inférieure (C. trav., articles L. 3123-19 et L. 3123-27).

L'article 1^{er} de la loi du 8 août 2016 prévoyait de généraliser cette formule du triptyque à l'ensemble du Code du travail mais le projet de généralisation n'a pas été repris par la nouvelle majorité présidentielle. Néanmoins, les ordonnances du 22 septembre 2017 ont étendu la formule du triptyque à d'autres dispositions du code, comme celles relatives aux consultations du CSE ou aux commissions du CSE. Cela étant, même en dehors des cas d'application du triptyque, le champ de la négociation collective ne cesse de gagner du terrain. On assiste aujourd'hui, non sans excès, à une promotion toujours plus importante des accords collectifs de travail qui sont à présent conçus comme le moyen privilégié de régler certaines situations juridiques, la règle supplétive étant légale, voire patronale : outre les questions de durée du travail et de congés, et sans exhaustivité, un accord collectif est préféré pour recourir au vote électronique lors des élections professionnelles, pour déterminer les établissements en vue de la mise en place de CSE d'établissement, pour organiser le droit à la déconnexion, pour aménager le recours au télétravail, etc. Dans certains hypothèses, de plus en plus nombreuses, l'accord collectif a même le monopole de la constitution de certains dispositifs en ce sens que, en l'absence d'accord, le dispositif ne peut tout simplement pas exister : recours aux forfaits annuels, mise en place de représentants de proximité ou d'un conseil d'entreprise, organisation de ruptures conventionnelles collectives ou de mesures de performance collective, etc. Le droit du travail apparaît, dans ces conditions, de plus en plus marqué par un recul de la norme légale au profit de la norme conventionnelle, recul qui est à la fois une régression de la norme impérative, générale et impersonnelle et une progression de la norme de proximité, propre à une communauté de travail et adaptée aux besoins spécifiques de chaque entreprise.

C'est un autre aspect de cette évolution : la norme conventionnelle promue l'est en tant qu'elle constitue, à la différence de la loi, générale et impersonnelle, une norme spéciale susceptible de répondre et de s'adapter aux situations et aux besoins particuliers

des entreprises. Dans cette perspective, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a d'ailleurs renforcé le poids des accords d'entreprise en posant un principe de primauté de ces accords par rapport à ceux de niveau supérieur (accord de branche en particulier) alors que, auparavant, l'accord d'entreprise ne pouvait déroger à ces accords que dans un sens plus favorable aux salariés. Cette primauté de l'accord d'entreprise permet d'en faire la norme de référence et de d'adapter les règles aux situations particulières des entreprises en tenant compte des spécificités de leur activité ou de tout autre paramètre. Avec le développement des normes de proximité, c'est un droit conventionnel des entreprises qui, progressivement, se met en place. Concrètement, cette évolution revient sur les acquis du droit du travail qui a été construit historiquement au moyen de normes légales impératives s'appliquant uniformément à toutes les entreprises et à tous les salariés. L'universalité de la règle sociale régresse en conséquence au profit de la spécialité de la norme locale, susceptible de varier d'une entreprise à une autre. C'est un phénomène majeur de l'évolution du droit contemporain du travail. La faveur pour la norme de proximité conduit d'ailleurs de plus en plus souvent le législateur à prévoir, à titre de norme supplétive quand un accord collectif n'a pu être conclu, une norme patronale, élaborée par l'employeur lui-même, plutôt qu'une norme légale. Cette articulation entre la norme conventionnelle et la norme patronale supplétive aggrave encore le reflux des règles légales. La préférence donnée par le législateur contemporain à l'accord collectif de travail se signale alors par une hiérarchie entre la norme conventionnelle et la norme patronale. Non seulement la norme patronale ne peut être adoptée qu'à défaut d'accord collectif, mais la Cour de cassation impose un préalable de négociation : concrètement, la norme patronale ne peut être adoptée que si l'employeur a engagé loyalement auparavant une négociation et que celle-ci n'a pas abouti. La Chambre sociale l'a d'abord jugé, le 17 avril 2019, à propos de la détermination des établissements distincts pour la mise en place de CSE d'établissement : l'employeur ne peut déterminer lui-même unilatéralement les établissements distincts qu'à défaut d'accord collectif, ce qui implique qu'il ait tenté de négocier loyalement, mais vainement, un accord sur le nombre et le périmètre des établissements. En l'absence de toute tentative de négociation, la décision unilatérale de l'employeur est susceptible d'être annulée par le tribunal judiciaire (Cass. soc., 17 avril 2019). La Chambre sociale a jugé dans le même sens, le 13 janvier 2021, que ce n'est que lorsqu'un accord collectif n'a pu être conclu à l'issue d'une tentative loyale de négociation que l'employeur peut prévoir par décision unilatérale la possibilité et les modalités d'un vote électronique (Cass. soc., 13 janvier 2021). La solution serait très certainement la même s'agissant de la mise en place du télétravail, de l'organisation du droit la déconnexion...

C'est dire l'importance prise, à l'époque contemporaine, par la négociation collective. Il n'est dès lors pas surprenant, dans ce contexte très favorable aux normes conventionnelles, que l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a généralisé la possibilité d'adopter de telles normes dans toutes les entreprises, même les plus petites, même non pourvues d'organisations syndicales représentatives. Alors que, jusqu'alors, négociation collective et accords collectifs allaient de pair, des accords peuvent désormais être adoptés directement par les salariés par voie de référendum dans les toutes petites entreprises sans avoir été négociés faute de partenaires sociaux avec lesquels négocier. Il y a tout de même, semble-t-il, une hiérarchie qui est faite par la Cour de cassation entre les accords collectifs « classiques », négociés avec des délégués syndicaux, et les autres accords collectifs conclus en l'absence de délégués syndicaux. Dans son arrêt du 13 janvier 2021 relatif au préalable de négociation avant que l'employeur puisse prendre une mesure unilatérale – en l'occurrence le recours au vote électronique – la Cour de cassation n'a imposé une tentative loyale de négociation que lorsqu'il existe des délégués syndicaux dans l'entreprise. A défaut de délégués syndicaux, l'employeur peut adopter directement la mesure unilatérale.

On indiquera *in fine* à titre informatif que le mouvement valorisant la négociation collective déborde à présent, par sa dynamique, le droit privé du travail. Il est à cet égard significatif que, butant sur l'orientation à donner à un statut légal des travailleurs de plateformes de mobilité, les pouvoirs publics s'appêtent à mettre en place, dans une ordonnance attendue au moins d'avril 2021, les conditions d'un dialogue social entre les travailleurs et les plateformes. Plus nettement encore, le projet avait été lancé par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique de réformer le droit de la négociation collective dans le secteur public. Le texte avait habilité à cet effet le gouvernement à prendre par ordonnance toutes les dispositions en vue de favoriser, aux niveaux national et local, la conclusion d'accords négociés dans la fonction publique. Ce projet a récemment abouti à l'adoption de l'ordonnance n° 2021-174 du 17 février 2021 « *relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique* ».

Chapitre I

La conclusion des accords collectifs de travail

Ordinairement, les accords collectifs sont le produit d'une négociation entre la partie patronale et la partie salariée par l'intermédiaire de ses représentants que sont les organisations syndicales représentatives. La formule utilisée par la Cour de cassation

dans un arrêt du 27 janvier 2015 est expressive lorsqu'elle fait état des « *convention ou accord collectifs négociés et signés par les 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* ». Toutes les entreprises, loin s'en faut, ne sont pas cependant pourvues d'organisations syndicales représentatives aptes à négocier et à signer des accords collectifs de travail. La volonté de promouvoir la norme conventionnelle s'est en conséquence accompagnée de la généralisation de la possibilité d'y recourir même dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux.

Section I : Les accords collectifs dans les entreprises pourvues d'organisations syndicales représentatives

§ 1. Les parties à la négociation

Du côté des salariés, seule une organisation syndicale a la capacité de négocier et de conclure un accord collectif. Il faut en outre qu'elle soit représentative, ce qui suppose qu'elle ait obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles. En pratique, la négociation est menée par les délégués syndicaux que les organisations syndicales représentatives ont le droit de désigner. Le délégué syndical est présumé avoir un mandat de négociation. Au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel, les organisations syndicales peuvent participer à la négociation lorsqu'elles justifient d'une audience électorale d'au moins 8 % (seuil de représentativité). Enfin, à défaut de règles relatives à la représentativité au niveau européen et mondial, les accords collectifs conclus à ce niveau n'ont pas d'effet normatif obligatoire. Ils existent mais les salariés des entreprises ou des groupes de dimension européenne ou mondiale travaillant dans les pays d'implantation de l'entreprise ou du groupe ne pourraient s'en prévaloir en tant que normes obligatoires (v. *infra*).

Il faut encore préciser que, si les accords collectifs ont en principe vocation à s'appliquer à la communauté des salariés de l'entreprise (ou du groupe ou de la branche), le droit admet qu'un accord puisse ne concerner qu'une catégorie de salariés. De la même façon qu'il existe des syndicats catégoriels, il est possible de conclure des accords catégoriels. Par hypothèse, un syndicat catégoriel ne peut négocier et conclure que des accords catégoriels propres aux salariés de la catégorie qu'il représente. Spécialement, les organisations affiliées à la CFE-CGC, qui est la confédération syndicale représentative des cadres, ne peuvent conclure des accords qui concerneraient les ouvriers. Cela ne signifie pas toutefois qu'un syndicat catégoriel a un monopole de négociation collective en faveur de la catégorie qu'il représente. Une organisation inter-catégorielle pourrait aussi y participer sous réserve de sa représentativité.

Du côté patronal, les accords d'entreprise (comme les accords d'établissement) sont négociés et conclus par l'employeur. Des accords peuvent être également conclus au niveau du groupe et, celui-ci n'ayant pas la personnalité juridique, l'accord doit être signé par tous les employeurs des entreprises du groupe ou par un représentant mandaté ou encore, selon l'article L. 2232-31 du Code du travail, par l'employeur de l'entreprise dominante. S'agissant en revanche des accords nationaux interprofessionnels ou des accords de branche, l'accord doit être négocié et conclu par une organisation professionnelle d'employeur représentative (v. *infra*).

§ 2. Le déroulement de la négociation

La négociation doit être menée avec toutes les organisations syndicales représentatives. Si elles n'ont pas l'obligation d'y participer, elles doivent toutes être invitées à la négociation à l'initiative de l'employeur. La Cour de cassation en fait une condition de validité de l'accord collectif au nom d'un principe de loyauté : la nullité est encourue si toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à la négociation ou si des négociations séparées ont eu lieu. De ce dernier point de vue, la Cour de cassation est intransigeante et décide que, jusqu'au terme de la négociation, toutes les organisations syndicales doivent avoir été mises à même de faire valoir leurs propositions et leurs observations. Cela n'exclut cependant pas l'organisation de discussions bilatérales entre les organisations qui le souhaitent, par exemple au cours d'une suspension de séance, et l'employeur dès lors que les étapes essentielles de la négociation se déroulent en présence de toutes les organisations.

Le principe de loyauté innerve plus généralement tout le déroulement de la négociation. Lorsque la négociation est rendue obligatoire par la loi – il existe notamment des négociations annuelles obligatoires (NAO) (v. *infra*) – la loyauté impose à l'employeur d'engager effectivement des discussions même si, ni l'employeur, ni les organisations syndicales, n'ont l'obligation de parvenir à la conclusion d'un accord. Au demeurant, la négociation obligatoire est d'abord une obligation de discuter de thèmes particulier sans qu'il n'y ait jamais d'obligation d'aboutir à un accord. Dans cet esprit d'ailleurs, le principe de loyauté impose également à l'employeur de mettre à la disposition des organisations qui participent à la négociation tous les éléments d'information indispensables à celle-ci (v. encore Cass. soc., 9 octobre 2019).

Les parties à la négociation peuvent au demeurant formaliser le déroulement de celle-ci en concluant un accord de méthode qui, selon l'article L. 2222-3-1 du Code du travail permet « à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties ». Il est attendu de cet accord qu'il définisse la nature des informations partagées ainsi que les principales étapes de la négociation, notamment en

fixant un calendrier de négociation. Facultative au niveau de l'entreprise, la conclusion d'un tel accord est obligatoire au niveau de la branche.

§ 3. Les conditions d'adoption des accords

L'une des ordonnances du 22 septembre 2017 a généralisé à tous les accords d'entreprise l'exigence d'un seuil d'audience de 50 % pour la ou les organisations syndicales signataires. Concrètement, cela signifie que l'accord n'est valablement conclu que s'il est signé par une ou des organisations syndicales représentant, à elle seule ou ensemble, au moins 50 % des suffrages exprimés à l'occasion des dernières élections professionnelles. Ce principe majoritaire vise à renforcer la légitimité de l'accord collectif d'entreprise en contrepartie de la place plus importante accordée en général aux accords collectifs et en particulier aux accords d'entreprise (principe de primauté des accords d'entreprise sur les autres normes conventionnelles, sauf exceptions). La même exigence s'applique aux accords de groupe et aux accords d'établissement dont le régime est aligné depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017 sur celui de l'accord d'entreprise. S'agissant des accords de groupe, le seuil de 50 % exigé des organisations signataires doit être calculé au niveau du groupe (en consolidant les résultats obtenus dans chacune des entreprises du groupe).

Le Code du travail permet toutefois de faire adopter un accord collectif lorsqu'il est signé par une ou des organisations syndicales représentant au moins 30 % de l'audience électorale. Dans ce cas, l'adoption de l'accord suppose qu'il soit ratifié par la majorité des salariés par référendum. La décision de soumettre l'accord à référendum revient d'abord à la ou aux organisations syndicales signataires, étant précisé que ce n'est pas une obligation. Mais si, au terme d'un délai d'un mois, les organisations syndicales signataires n'ont pas demandé l'organisation d'un référendum, l'employeur peut en prendre l'initiative à la condition qu'aucune des organisations signataires ne s'y oppose. Les organisations signataires disposent ainsi d'un droit de veto car elles peuvent avoir intérêt, même si elles ont signé l'accord, à ce qu'il ne soit pas soumis à la consultation des salariés. De fait, cette consultation présente un risque si l'accord n'est pas ratifié, ce qui peut alors apparaître comme un désaveu pour la ou les organisations qui ont conclu l'accord. Les modalités du référendum sont déterminées par un accord spécial entre l'employeur et une ou des organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages. La Cour de cassation a précisé que tous les salariés ayant la qualité d'électeurs au sein de l'entreprise ou de l'établissement concerné (ou du groupe) peuvent participer au référendum même s'ils ne sont pas couverts par l'accord (Cass. soc., 9 octobre 2019).

Ces règles ne s'appliquent pas cependant aux accords de branche et aux accords interprofessionnels. Quant à ceux-ci, il suffit qu'ils soient signés par des organisations

syndicales au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur des organisations reconnues représentatives au niveau de la branche. La loi prévoit néanmoins que des organisations ayant recueilli au moins 50 % des suffrages puissent s'opposer à l'adoption de l'accord. Autrement dit, l'accord n'a pas besoin d'être majoritaire (30 % suffit) mais, si une majorité s'y oppose (au moins 50 %), il ne peut être valablement adopté.

Section II : Les accords collectifs dans les entreprises dépourvues d'organisations syndicales représentatives

§ 1. L'accord signé par des salariés mandatés ou membres du CSE

Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés, qui sont en principe dotées d'élus du personnel mais qui n'ont pas, sauf exception, de délégué syndical, l'une des ordonnances du 22 septembre 2017 permet la conclusion d'un accord collectif par deux moyens : soit par un salarié, élu ou non, spécialement mandaté par une organisation syndicale représentative dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une organisation représentative au niveau national interprofessionnel ; soit par un ou plusieurs élus titulaires du comité social et économique, sans mandatement syndical. Dans le premier cas, l'accord doit être ensuite approuvé par les salariés de l'entreprise à la majorité des suffrages exprimés. Dans le second cas, il suffit que l'accord soit signé par des membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Tous les thèmes ouverts à la négociation collective peuvent donner lieu à des accords conclus de cette manière. Le choix entre les deux modalités appartient en principe à l'employeur ; il n'y a pas d'ordre entre les deux procédures.

Dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins 50 salariés qui n'ont pas de délégué syndical, il existe trois modalités de conclusion d'un accord collectif qui suivent en revanche un ordre entre eux : la compétence est attribuée de façon prioritaire à un élu du CSE mandaté par une organisation syndicale représentative (dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, au niveau national interprofessionnel) ; à défaut de mandatement, la compétence pour négocier et conclure un accord collectif échoit aux élus titulaires du CSE à conduit que l'accord recueille la signature d'élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ; si les élus titulaires du CSE ne veulent pas négocier, l'accord peut être négocié et conclu par un salarié non élu mandaté par une organisation syndicale représentative sous réserve de l'approbation de l'accord par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. La deuxième modalité – conclusion par des élus titulaires non mandatés – a toutefois un champ d'application plus limitée que les autres et ne peut concerner que des mesures

dont la loi subordonne la mise en œuvre à un accord collectif (comme l'accord de mise en place de forfaits annuels, l'accord de performance collective, l'accord de rupture conventionnelle collective, etc.).

§ 2. L'accord spécifique TPE (toutes petites entreprises)

Dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à onze salariés qui ne sont pas pourvues par hypothèse d'un CSE et, au-delà, dans les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas vingt salariés à condition qu'elles ne soient pas dotées d'une représentation élue (aucune demande d'élection ou carence de candidats aux élections) ni de délégués syndicaux (mais leur présence dans les toutes petites entreprises est hypothétique), l'une des ordonnances du 22 septembre 2017 innove en prévoyant la possibilité d'adopter tout de même un accord collectif. En fait d'accord collectif, celui-ci n'en a la qualification que parce que le législateur le prévoit dans la mesure où il ne fait l'objet d'aucune négociation et n'est pas non plus, à proprement parler, « conclu ». La norme conventionnelle consiste ici en un projet de l'employeur qui est soumis à l'approbation des salariés de l'entreprise. A condition d'être ratifié par les deux tiers du personnel, l'accord est considéré comme valable juridiquement.

Le champ d'application de ce dispositif ne connaît pas de limite tenant aux thèmes de négociation : tous ceux qui sont ouverts à la négociation collective peuvent être traités selon cette procédure. En outre, du fait de leur assimilation légale à des accords collectifs, ces accords peuvent déroger à des accords de branche sous réserve des thèmes sur lesquels l'accord de branche prévaut, de façon générale, sur les accords d'entreprise.