

Chapitre III

Le champ de la négociation

Le champ de la négociation collective n'est pas déterminé par une délimitation de son contenu ou la fixation des éléments de son contenu. Il est déterminé par retranchement puisqu'il porte sur toute espèce de matière qui ne fait pas l'objet d'une règle de droit relevant de l'ordre public absolu. Seul l'ordre public dit absolu est, en droit du travail, totalement indérogeable en ce sens que la norme légale ne peut être modifiée, même de façon plus favorable, par une norme conventionnelle. L'ordre public social « classique » ne s'oppose pas en revanche à ce qu'un accord collectif porte sur une question qui en relève si celui-ci en traite de manière plus favorable.

Il ne sera pas traité ici de la négociation nationale interprofessionnelle, ni de la négociation de branche. A s'en tenir à la négociation d'entreprise, celle-ci fait l'objet d'un ordonnancement particulier, dans certains domaines des relations individuelles et collectives de travail, au moyen de la méthode du triptyque. Cette méthode consiste à déterminer le champ de la négociation collective en aval d'un ordre public qui en fixe, le cas échéant, les contours, des dispositions supplétives venant compléter le dispositif pour pallier l'absence éventuelle d'accord collectif.

Outre cette méthode originale, la négociation d'entreprise se caractérise par l'obligation faite aux partenaires sociaux de négocier, en principe annuellement, sur des thèmes définis par la loi. L'obligation de négocier – que l'on retrouve au niveau de la branche – s'entend de l'obligation d'ouvrir une négociation et de discuter loyalement des thèmes en question, sans qu'il n'y ait jamais d'obligation de conclure un accord collectif. Le principe constitutionnel de la liberté contractuelle appliquée à la négociation collective, affirmé particulièrement nettement par le Conseil constitutionnel le 29 novembre 2019, s'oppose à toute obligation de conclure un accord. La négociation collective d'entreprise est donc tantôt obligatoire – on parle de négociation annuelle obligatoire ou NAO – tantôt facultative sur tout autres thèmes que ceux faisant l'objet de la NAO.

Section I : L'ordonnancement de la négociation

§ 1. La méthode du triptyque

Le triptyque a été introduit dans le Code du travail par la loi du 8 août 2016 qui l'a décliné dans toutes (ou presque) les dispositions traitant de la durée du travail et des congés. Le triptyque est composé d'un socle normatif inamovible dont la découpe

dessine en contrepoint le champ ouvert à la négociation collective, en complément de quoi sont prévues des dispositions supplétives, applicables en l'absence de norme négociée. Cette répartition des règles a pour objet et pour effet d'élargir la place donnée à la négociation collective. L'élargissement est un effet mécanique du démembrement de l'ordre public social « classique » dont une partie des règles a été maintenue dans la rubrique « ordre public » tandis que d'autres ont été reléguées au sein des dispositions supplétives. Cette scission opérée dans un esprit de hiérarchie a libéré en conséquence de nouveaux espaces à la négociation collective puisque des règles qui relevaient de l'ordre public social « classique » et qui ont été déclassées parmi les dispositions supplétives peuvent être aujourd'hui préemptées par des dispositions conventionnelles indépendamment de l'application du principe de faveur. Autrement dit, et c'est la nouveauté apportée par la loi de 2016, la norme conventionnelle permet désormais de s'affranchir, même dans un sens moins favorable, de dispositions légales supplétives qui composaient auparavant l'ordre public social. C'est le cas, par exemple, en matière de rémunération des heures supplémentaires. La règle supplétive prévoit une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires, les heures suivantes donnant lieu à une majoration de 50 % alors qu'un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche peut fixer un taux de majoration inférieur dans la limite de 10 % (C. trav., articles L. 3121-33 et L. 3121-36). Également dans le domaine de la durée du travail, s'agissant du travail à temps partiel, la disposition d'ordre public se borne à renvoyer aux modalités déterminées par la norme collective et, à défaut, par la règle supplétive s'agissant de la durée minimale de travail hebdomadaire qui doit être garantie aux salariés en l'absence de volonté contraire. La règle supplétive prévoit à ce sujet une durée minimale de vingt-quatre heures hebdomadaires ; mais un accord de branche étendu peut fixer une durée différente, supérieure ou inférieure (C. trav., articles L. 3123-7 (ordre public), L. 3123-19 (champ de la négociation collective) et L. 3123-27 (disposition supplétive)).

En règle générale, dans les champs ainsi ouverts à la négociation collective, le législateur privilégie les accords d'entreprise par rapport aux accords de branche. Les textes précisent le plus souvent leur primauté et ne font de place qu'« à défaut » aux accords de branche. Il y a toutefois des exceptions, certaines dispositions réservant le champ de la négociation à des accords de branche qui doivent alors être étendus comme s'agissant de déterminer la durée minimale de travail en matière de travail à temps partiel.

Suivant le mouvement du droit contemporain favorable au dépliement de la négociation collective, la méthode du triptyque est un moyen pour le législateur de stimuler la liberté conventionnelle en posant un préalable de négociation pour le traitement de certaines situations. Ce n'est alors que, « à défaut » d'accord ou « en

l'absence » d'accord, que la règle légale est appelée à opérer. Ce préalable de négociation est tantôt une exigence implicite dans les situations qu'il reviendra à la Cour de cassation de préciser, tantôt un impératif expressément formulé, comme par exemple en ce qui concerne le recours au travail de nuit. En la matière, il est prescrit à l'employeur qu'il « ait engagé sérieusement et loyalement des négociations en vue de la conclusion d'un tel accord », ce qui implique qu'il ait « 1) convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ; 2) communiqué les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ; 3) répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales » (C. trav., article L. 3122-21).

§ 2. Le domaine du triptyque

Plusieurs champs du droit du travail sont aujourd'hui organisés sur le modèle du triptyque. Encore que son application ne soit pas systématique dans tous les aspects de la matière, le triptyque atteste de l'importance donnée en ces domaines au droit négocié. Le triptyque est ainsi largement déployé dans les dispositions traitant du domaine et de la périodicité de la négociation obligatoire, qu'il s'agisse de la négociation de branche ou de la négociation d'entreprise. Il a surtout été diffusé par la loi du 8 août 2016 dans tout le champ de la durée du travail, des repos et des congés. Dans ce domaine d'élection, l'action déléguée à la négociation collective peut principalement consister à compléter la règle d'ordre public pour organiser certaines modalités de sa mise en œuvre qui, à défaut d'accord, relèvent des dispositions supplétives. Par exemple, il est attendu de l'accord collectif qu'il prévoit la rémunération des temps de restauration et de pause ou qu'il détermine les modalités de compensation des temps d'habillage et de déshabillage en accordant des contreparties ou en les assimilant à du temps de travail effectif (C. trav., article L. 3121-8). Il peut aussi fixer le mode d'organisation des astreintes, les modalités d'information et les délais de prévenance des salariés concernés ainsi que la compensation sous forme financière ou sous forme de repos à laquelle elles donnent lieu (C. trav., article L. 3121-11). Il est également possible de déroger par accord collectif aux normes de référence en matière de durée légale du travail. Un accord collectif peut ainsi fixer un temps de pause supérieur à la norme de référence qui est de vingt minutes consécutives toutes les six heures (C. trav., article L. 3121-17) ou prévoir le dépassement de la durée maximale quotidienne de travail effectif en cas d'activité accrue ou pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise, à condition que ce dépassement n'ait pas pour effet de porter cette durée à plus de douze heures (C. trav., article L. 3121-19). Un accord peut même prévoir le dépassement de la durée hebdomadaire de travail de quarante-quatre heures calculée sur une période de douze

semaines consécutives à condition que ce dépassement n'ait pas pour effet de porter cette durée, calculée sur une période de douze semaines, à plus de quarante-six heures (C. trav., article L. 3121-23). Si les 35 heures hebdomadaires restent le principe (C. trav., article L. 3121-27), ce principe n'a pas en réalité la fermeté qu'on lui prête parfois encore.

L'article 1^{er} de la loi du 8 août 2016, sous l'intitulé d'un chapitre consacré à la « *refondation du Code du travail* », prévoyait qu'« *Une commission d'experts et de praticiens des relations sociales (serait) instituée afin de proposer au Gouvernement une refondation de la partie législative du code du travail* ». Il était indiqué que « *Cette refondation attribue(ra)it une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action, dans le respect du domaine de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution. Les dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord collectif (devraient), sauf à des fins de simplification, reprendre des règles de droit positif* ». La même disposition projetait que « *La commission remet(te) ses travaux au Gouvernement dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi* ». Ce projet est cependant resté lettre morte. Mais les ordonnances du 22 septembre 2017 ont tout de même poursuivi le déploiement de la formule du triptyque en en faisant application dans quelques domaines, en particulier en ce qui concerne le CSE : les consultations récurrentes, toutes les consultations ponctuelles mentionnées dans la partie du Code du travail traitant du CSE, la base de données économiques et sociales, les commissions autres que celle qui font l'objet de règles d'ordre public – la commission santé, sécurité et conditions de travail et la commission des marchés – ou encore la périodicité des réunions du CSE peuvent être aménagées conventionnellement sur la base du triptyque.

Il reste que des pans entiers du Code ne peuvent pas être conçus sur le modèle du triptyque : les livres III (règlement intérieur et droit disciplinaire) et IV (résolution des litiges et conseil de prud'hommes) de la première partie du code (relations individuelles), les livres IV (salariés protégés) et V (conflits collectifs) de la deuxième partie (relations collectives), l'essentiel de la quatrième partie traitant de la santé et de la sécurité, une grande partie de la cinquième partie sur l'emploi, la sixième partie sur la formation professionnelle, la septième partie comportant des dispositions particulières à certaines activités et professions ou encore la huitième partie consacrée au contrôle de l'application de la législation du travail (rôle de l'inspection du travail et lutte contre le travail illégal). Pour autant, le chantier ne donne pas l'impression d'être achevé. D'autres matières pourraient se prêter à la démarche du triptyque, spécialement au sujet des questions de salaire.

Section II : La négociation obligatoire

La négociation obligatoire en entreprise peut être occasionnelle ou récurrente. Dans tous les cas, elle ne concerne pas toutes les entreprises et est conditionnée, soit par l'effectif qui doit excéder un certain seuil, soit par la présence d'une ou de plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives. Les négociations occasionnelles portent sur des questions sociales que le législateur estime devoir être traitées par la voie conventionnelle plutôt qu'au moyen de normes légales uniformes. Par exemple, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 avait instauré une obligation de négocier sur l'emploi des seniors pour toute entreprise employant cinquante salariés et plus ou appartenant à un groupe de cinquante salariés. La loi du 1^{er} mars 2013 a remplacé cette obligation par une négociation sur le contrat de génération, obligatoire dans les entreprises d'au moins trois cents salariés et encouragée dans celles d'au moins cinquante salariés. Cette dernière obligation a été à son tour supprimée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Quelles qu'elles soient, les législations particulières instaurant des obligations de négocier ont en commun de prévoir une pénalité financière à défaut d'engagement d'une négociation et d'imposer à l'employeur l'adoption d'un plan d'action en l'absence de conclusion d'un accord collectif.

Les négociations récurrentes, quant à elles, sont rendues obligatoires sur des thèmes qui, en raison de leur importance et de leur évolutivité, réclament que les partenaires sociaux s'y intéressent périodiquement même s'ils ne donnent pas lieu systématiquement à la conclusion d'un accord collectif. A la différence des négociations ponctuelles dont il est attendu qu'elles aboutissent à un accord, l'absence d'accord à l'issue d'une négociation récurrente n'entraîne pas forcément l'obligation pour l'employeur d'adopter de manière unilatérale des mesures supplétives. Soit qu'un accord a déjà été conclu sur la question, soit que celle-ci ne se prête pas à un traitement unilatéral par l'employeur, soit qu'il existe des dispositions légales sur lesquelles s'appuyer, la loi fixe un rendez-vous récurrent afin d'entretenir sur le sujet l'esprit de la négociation collective. Et, ici aussi, toutes les entreprises ne sont pas concernées. Il faut déjà qu'elles soient en condition de négocier des accords collectifs sans recourir pour cela à des accords spécifiques, autrement dit qu'elles soient pourvues d'une ou de plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives. S'y ajoutent, ensuite, pour certains thèmes, des exigences relatives à l'effectif, seules les entreprises d'au moins trois cents salariés étant tenues d'ouvrir des négociations relativement à ces thèmes.

Organisée suivant la formule du triptyque, la négociation obligatoire fait l'objet de règles impératives qui se destinent, pour l'essentiel, à en fixer les thèmes généraux. En ce qui les concerne, les partenaires sociaux n'ont pas de liberté qui permettrait d'en écarter certains. Tout au plus peuvent-ils aménager leur périodicité sous réserve que

chacun d'eux soit négocié au moins une fois tous les quatre ans. Ils ont en revanche la possibilité de préciser le contenu de chacun des thèmes à négocier de telle sorte que celui-ci est en réalité en pratique modulable conventionnellement. Et c'est pourquoi ce sont les dispositions supplétives qui listent dans le détail les éléments de contenu les concernant.

La place accordée aux agencements conventionnels est plus importante, logiquement, s'agissant du régime de la négociation obligatoire. Les partenaires sociaux peuvent adopter leurs propres règles à propos de la périodicité des négociations – dans la limite de quatre ans –, du calendrier et des lieux des réunions, des informations qui doivent être remises par l'employeur en vue de la négociation sur les thèmes prévus, des modalités de suivi des engagements souscrits ou encore de la périodicité de la renégociation d'un accord lorsqu'il est conclu sur l'un des thèmes – dans la limite, là encore, de quatre ans.

§ 1. Le régime de la négociation obligatoire

A. Les règles légales

L'ordre public est peu développé pour imposer des règles relatives à la mise en œuvre de la négociation obligatoire. Hormis la périodicité minimale de quatre ans, l'ordre public se concentre sur les conséquences d'un défaut d'engagement de la négociation sur l'un des thèmes, sanctionné par une pénalité financière, ou sur l'absence de conclusion d'un accord sur un autre des thèmes, imposant à l'employeur l'établissement d'un plan d'action, le défaut de l'un ou de l'autre exposant l'employeur au paiement d'une pénalité. Pour le reste, les modalités de la négociation obligatoire sont précisées par des dispositions supplétives.

1) La périodicité de la négociation obligatoire

A défaut d'accord collectif, qui peut être un accord d'entreprise, un accord de groupe ou un accord d'établissement, une négociation doit être engagée, chaque année, sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise. La négociation est également annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail (C. trav., article L. 2242-13). Dans les deux cas, elle est obligatoire à partir du moment où il existe dans l'entreprise une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives (C. trav., article L. 2242-1). Plus précisément, les entreprises concernées par l'obligation de négocier sont celles d'au

moins cinquante salariés dans lesquelles au moins une organisation ayant constitué une section syndicale est reconnue représentative.

Outre les négociations annuelles sur les thèmes susvisés, le Code du travail prévoit une négociation triennale en ce qui concerne la gestion des emplois et des parcours professionnels (C. trav., article L. 2242-13). Cette négociation n'est cependant obligatoire que dans les entreprises et les groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France (C. trav., article L. 2242-2).

2) Le déroulement de la négociation obligatoire

L'initiative de la négociation incombe toujours à l'employeur qui a le devoir de l'engager. « Engager » ne se limite pas à une invitation formelle à participer à la négociation. L'initiative implique d'en organiser matériellement la tenue et de fournir aux organisations syndicales représentatives toutes les informations qui sont utiles à la discussion et pertinentes dans la perspective d'un éventuel accord à conclure. Bref, « engager » une négociation s'accompagne d'obligations pour mettre les partenaires sociaux en condition d'échanger en connaissance de cause sur un contenu, sans préjuger de l'issue de la discussion.

En l'absence d'accord collectif à ce sujet, l'employeur peut décider du moment auquel engager la négociation dès l'instant où la date de réunion intervient au plus douze mois après la fin de la précédente négociation lorsque la périodicité de la négociation est annuelle et au plus trente-six mois suivant la précédente négociation s'agissant de la négociation triennale. Dans l'hypothèse où l'employeur ne prendrait pas l'initiative d'engager la négociation au cours de la période légale, annuelle ou triennale, l'article L. 2242-13 prévoit que la négociation s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative. L'initiative, autrement dit, change de côté mais c'est toujours l'employeur qui doit matériellement engager la négociation. L'organisation de la négociation incombe donc toujours à l'employeur.

Le lieu et le calendrier de la ou des réunions, s'ils n'ont pas été fixés dans le cadre d'un accord collectif portant sur l'organisation des négociations, sont précisés par l'employeur lors de la première réunion. C'est également lors de la première réunion que l'employeur doit faire connaître aux organisations syndicales les informations qu'il remettra aux délégués syndicaux sur les thèmes prévus par la négociation et la date de cette remise. S'agissant des informations à communiquer, ce sont toutes les informations nécessaires pour permettre aux délégués syndicaux de négocier en toute connaissance de cause. La loi précise parfois certains types de documents qui doivent être

communiqués aux partenaires sociaux. S'agissant par exemple de la négociation sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, qui constitue l'un des sous-thèmes de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail, l'article L. 2242-18 indique la négociation se déroule sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation de l'entreprise en ce qui concerne l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés. En toute hypothèse, pour que la négociation satisfasse à l'impératif de loyauté, les mêmes informations doivent être communiquées à chacune des organisations invitées à la négociation (Cass. soc., 9 octobre 2019, n° 19-10.780).

L'impératif de loyauté de la négociation interdit par ailleurs à l'employeur de négocier sur une question et, parallèlement, de prendre unilatéralement une décision sur la question. L'article L. 2242-4 énonce en conséquence que, tant que la négociation est en cours, l'employeur ne peut arrêter, dans les matières traitées, des décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés.

Si la négociation est infructueuse et qu'aucun accord n'est conclu, un procès-verbal de désaccord doit être établi dans lequel sont consignées, en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement. Ce procès-verbal donne lieu à dépôt à l'initiative de la partie la plus diligente.

3) Les sanctions

Les manquements aux obligations de négocier sont sévèrement sanctionnés : le fait de s'y soustraire expose l'employeur à une sanction pénale ; sa carence lui fait également encourir des pénalités s'agissant de certains thèmes de négociation, soit qu'il n'a pas engagé la négociation, soit que, à l'issue de celle-ci, aucun accord n'a été conclu et qu'aucun plan d'action n'a été établi en conséquence. Un contentieux judiciaire ne peut par ailleurs être exclu, notamment à l'initiative d'organisations syndicales.

Sur le plan pénal, tout d'abord, le fait pour l'employeur de se soustraire aux obligations légales 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 euros (C. trav., article L. 2243-1). L'incrimination étant ainsi largement conçue, la sanction pénale est encourue dès lors que l'employeur n'engage pas l'une des négociations obligatoires dans le délai légalement imparti ou conventionnellement convenu même si aucune organisation syndicale représentative ne lui en a fait la demande du fait de sa défaillance.

Le législateur sanctionne en outre parfois par une pénalité, selon les cas, soit le manquement par l'employeur à son obligation de négocier, c'est-à-dire le fait en soi de

ne pas avoir engagé de négociation avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, soit l'absence de mesure adoptée par voie conventionnelle ou, à défaut d'accord, d'un plan d'action établi par l'employeur. Dans le premier cas, le législateur est avant tout soucieux que les partenaires sociaux entament une discussion sur le thème à l'ordre du jour, même si celle-ci n'aboutit pas à un accord. C'est le cas, en particulier, de la négociation annuelle sur les salaires effectifs : afin de s'assurer que la question des salaires soit bien discutée de façon récurrente, la loi soumet à pénalité l'employeur qui n'engagerait pas la négociation (C. trav., article L. 2242-7). Le produit de la pénalité est affecté au régime général de sécurité sociale. Dans le second cas, le législateur est davantage préoccupé par l'adoption de mesures effectives et, s'il privilégie à cet effet la voie de la négociation collective, il se satisfait d'un plan d'action établi unilatéralement par l'employeur lorsque la négociation est infructueuse. C'est ce que la loi prévoit à propos de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'obligation, pour l'employeur, est de résultat : obligation, d'une part, d'engager une négociation ; obligation, d'autre part, d'adopter unilatéralement des mesures si la négociation n'aboutit pas. Et c'est pourquoi l'absence d'accord ou à défaut de plan d'action expose l'employeur à une pénalité (C. trav., article L. 2242-8).

Enfin, la méconnaissance par l'employeur de l'obligation d'engager des négociations est constitutive d'une faute ou, d'un autre point de vue, d'un trouble manifestement illicite, spécialement si l'employeur refuse de convoquer les parties à la négociation malgré la demande d'une organisation syndicale représentative. A condition de faire la preuve d'un préjudice qui peut consister en la perte de chance d'obtenir de nouveaux avantages (Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-44.874), les salariés peuvent engager la responsabilité de l'employeur. Il est admis, en outre, que les organisations syndicales peuvent demander la suspension de l'application d'une décision prise par l'employeur sur une question qui relevait de la négociation annuelle obligatoire et qui n'y avait pas été incluse malgré la demande des syndicats (Cass. soc., 28 novembre 2000, n° 98-19.594).

B. Les adaptations conventionnelles

1) Les principes

Le législateur encourage, de manière générale, la conclusion d'un accord de méthode, sorte d'accord préparatoire qui permet à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties. Cet accord est utile pour préciser la nature des informations partagées entre les négociateurs en s'appuyant notamment, au niveau de l'entreprise, sur la base de données économiques et sociales,

mais aussi pour définir les principales étapes du déroulement des négociations ou encore pour prévoir des moyens supplémentaires ou spécifiques, en termes spécialement de volume de crédits d'heures des représentants syndicaux, afin d'assurer le bon déroulement des négociations. Il est cependant précisé que, à moins que l'accord n'en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties (C. trav., article L. 2222-3-1). A défaut d'accord d'entreprise, la méthode applicable à la négociation est celle définie par accord de branche si un tel accord a été conclu.

L'accord de méthode est plus spécialement prévu, en ce qui concerne la négociation obligatoire en entreprise, à l'article L. 2242-10 du Code du travail. Sa négociation peut être engagée à l'initiative de l'employeur ou à la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative, afin de préciser le calendrier, la périodicité, les thèmes ou encore les modalités de négociation dans le groupe, l'entreprise ou dans l'établissement. L'accord peut porter sur les thèmes des négociations et leur périodicité, sur le contenu de chacun des thèmes, sur le calendrier et sur les lieux des réunions, sur les informations à remettre par l'employeur aux négociateurs sur les thèmes à l'ordre du jour et la date de leur remise ou/et encore sur les modalités de suivi des engagements souscrits par les parties.

2) Les applications

Lorsque l'entreprise comporte des établissements distincts, il est possible de décentraliser par accord collectif la négociation de tout ou partie des thèmes de négociation. Mais encore faut-il que chaque établissement soit pourvu de délégués syndicaux. Symétriquement, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, un accord collectif peut prévoir que la négociation est conduite dans le groupe. Ces aménagements du niveau de négociation sont permis, dans l'un et l'autre cas, par l'article L. 2242-10 du Code du travail qui, dans le cadre du « *champ de la négociation collective* », ouvre la possibilité d'organiser la négociation dans le groupe, l'entreprise ou l'établissement.

Par ailleurs, sous réserve que les thèmes de négociation imposée soient abordés *au moins une fois tous les quatre ans*, les partenaires sociaux peuvent convenir par accord de la périodicité de leur examen. A cet égard, la marge d'adaptation est la plus large : la périodicité peut être supérieure ou inférieure à celle, annuelle ou triennale, fixée de manière supplétive par la loi ; la périodicité peut être différente d'un thème à l'autre ; rien ne s'oppose enfin à ce que l'accord collectif prévoit des périodicités variables en fonction des sous-thèmes. Selon l'article L. 2242-11 du Code du travail, l'accord collectif susceptible d'être conclu pour organiser la négociation collective peut en effet

préciser les thèmes des négociations, sous réserve qu'ils soient négociés au moins une fois tous les quatre ans, ainsi que le contenu de chacun des thèmes. Il suit de là que les partenaires sociaux peuvent moduler par accord le contenu de la négociation en fixant des périodicités différentes, non seulement pour chacun des thèmes principaux, mais aussi en fonction des sous-thèmes en prévoyant que certains soient négociés ou renégociés suivant une fréquence plus courte ou plus longue que d'autres. Par exemple, un accord aurait-il déjà été conclu sur les modalités d'exercice du droit à la déconnexion et la mise en place de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques – ou celles-ci auraient-elles fait l'objet d'une charte dont les partenaires sociaux se satisfont – ces derniers peuvent décider de ne pas négocier sur le sujet tout en souhaitant en revanche conserver un rythme annuel de négociation sur les autres sous-thèmes du thème plus général relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail.

§ 2. Le domaine de la négociation obligatoire

Ce sont les articles L. 2242-1 et L. 2242-2 du Code du travail qui, au titre des dispositions d'ordre public, déterminent le domaine de la négociation obligatoire en fixant les trois thèmes principaux qui le composent : 1) la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ; 2) l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail ; 3) la gestion des emplois et des parcours professionnels. Les entreprises concernées et la périodicité varient selon les thèmes.

Le contenu de chacun des thèmes est détaillé par les dispositions supplétives, respectivement à l'article L. 2242-15, aux articles L. 2242-17 et L. 2242-19 et aux articles L. 2242-20 et L. 2242-21.

A. La négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée

1) La rémunération

La négociation doit porter sur les salaires effectifs, ce qui recouvre le salaire ainsi que tous les éventuels avantages et accessoires payés en espèces ou en nature. A cet égard, c'est avant tout du montant des rémunérations qu'il est question de discuter, et ce pour tout ou partie des salariés puisque, par nature, l'accord collectif ne pourrait régler la situation personnelle d'un seul d'entre eux.

Le législateur a joint à la négociation sur les salaires effectifs celle sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ainsi que, aux termes de l'article L. 2242-15, sur « *le suivi de la mise en œuvre des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes* ». Depuis la loi du 5 septembre 2018, il est en effet prévu que, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque les résultats obtenus par l'entreprise au regard des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes sont en-deçà d'un niveau défini par décret, la négociation sur l'égalité professionnelle doit également porter sur les mesures de correction et, le cas échéant, sur la programmation de mesures financières de rattrapage salarial. A défaut d'accord ou subsidiairement de plan d'action, une pénalité est due par l'employeur.

2) Le temps de travail

La durée effective est un vaste sujet qui recouvre de nombreuses questions susceptibles de faire elles-mêmes l'objet d'accords négociés : durée quotidienne, durée hebdomadaire, temps de pause, durée légale et heures supplémentaires. L'article L. 2242-15 fait par ailleurs état de la mise en place du travail à temps partiel.

La négociation porte également sur l'organisation du temps de travail : aménagement du temps de travail, horaires individualisés, travail de nuit, travail intermittent, travail en continu, travail en équipe.

Elle peut aussi porter sur la réduction du temps de travail. Mais c'est une simple possibilité.

3) Le partage de la valeur ajoutée

Lorsque les salariés de l'entreprise ne sont pas couverts par un accord d'intéressement, un accord de participation, un plan d'épargne d'entreprise, un plan d'épargne pour la retraite collectif ou par un accord de branche comportant un ou plusieurs de ces dispositifs, la négociation doit porter sur ces sujets.

B. La négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur la qualité de vie au travail

1) L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

Le contenu de la négociation fait l'objet de dispositions dispersées. Un noyau important est décrit à l'article L. 2242-17 du Code du travail qui détaille les sujets de

discussion : la suppression des écarts de rémunération, l'accès à l'emploi, la formation professionnelle, le déroulement de carrière et la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi, en particulier pour les salariés à temps partiel qui sont très majoritairement des femmes, ou encore la mixité des emplois.

2) La qualité de vie au travail

La qualité de vie au travail, réduite à l'acronyme QVT, est une notion assez mystérieuse devenue, depuis la loi du 17 août 2015, un objet imposé de négociation entre les partenaires sociaux. Une définition en a été donnée par l'accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 : « *Elle peut se concevoir* », est-il écrit, « *comme un sentiment de bien-être au travail, perçu collectivement et individuellement, qui englobe l'ambiance, la culture de l'entreprise, l'intérêt du travail, les conditions de travail, le sentiment d'implication, le degré d'autonomie et de responsabilisation, l'égalité, un droit à l'erreur accordé à chacun, une reconnaissance et une valorisation du travail effectué* ». Cette conception est non seulement très large mais également décloisonnée en ce qu'elle mêle l'individuel et le collectif, l'appartenance à une communauté de travail et l'interrelation avec l'entreprise.

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 en a fait, sous l'article L. 2242-17 du Code du travail, une rubrique aux allures de fourre-tout dans lequel on trouve : l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle : les mesures de lutte contre les discriminations en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle ; les mesures relatives aux travailleurs handicapés ; les modalités de définition d'un régime de prévoyance ; l'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés ; et les modalités d'exercice du droit à la déconnexion.

En ce qui concerne ce dernier, l'article L. 2242-17 prévoit, depuis la loi du 8 août 2016, que « *La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur : (...) 7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale* ». A défaut d'accord collectif, la loi impose à l'employeur l'élaboration d'une charte. Il y a à cet égard une hiérarchie entre l'accord collectif et la charte : si la conclusion d'un accord collectif dispense l'employeur de l'élaboration d'une charte, à l'inverse, l'employeur ne pourrait pas se dispenser d'engager, annuellement, une négociation sur la déconnexion en excipant de l'existence d'une charte. Même si celle-ci est établie après l'échec de la négociation, il est dans l'esprit de la loi de discuter à nouveau des mesures sur la

déconnexion lors de la négociation annuelle suivante dans l'éventualité de conclure un accord collectif, le cas échéant sur la base de la charte précédemment mise en place.

C. La négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels

L'obligation de négocier sur la gestion des emplois et des parcours professionnels remonte à la loi du 18 janvier 2005. Dès l'origine, le rythme triennal a été préféré à une périodicité plus courte compte tenu probablement de la vocation du dispositif objet d'un accord à s'inscrire dans une certaine durée en raison de sa logique d'anticipation. La règle est devenue supplétive, mais la marge d'adaptation est modeste pour réduire la fréquence de la négociation puisque celle-ci doit être engagée au moins une fois tous les quatre ans. Dès l'origine aussi, l'obligation de négocier a été réservée aux grandes et très grandes entreprises ou aux groupes d'entreprises, le seuil d'effectif étant fixé à au moins trois cents salariés, ce qui est cohérent avec le thème de la négociation.

1) Les entreprises concernées

L'obligation de négocier ne concerne que les entreprises et les groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés. L'appartenance à un groupe justifie dès lors l'obligation d'engager des négociations, soit au niveau du groupe, soit dans chacune des entreprises qui le constituent, peu importe l'effectif de ces dernières si le groupe réunit lui-même au moins trois cents salariés. Le groupe s'entend ici au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail pour la constitution d'un comité de groupe, autrement dit formé par une entreprise dominante dont le siège social est situé sur le territoire français et des entreprises qu'elle contrôle. En présence d'un groupe ainsi identifié, il peut être attendu que la négociation soit menée au niveau du groupe ; mais il n'y a pas d'obligation à cela. A défaut d'être engagée à ce niveau, elle se tient dans chacune des entreprises composant le groupe, de façon décentralisée. Il n'est pas nécessaire, dans ce contexte, que les entreprises atteignent elles-mêmes le seuil de trois cent salariés, celui-ci n'étant requis que pour le groupe.

La négociation est également obligatoire dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire dès lors qu'ils comportent au moins un établissement ou une entreprise d'au moins cent cinquante salariés en France. La dimension communautaire est entendue au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2, c'est-à-dire que l'entreprise ou le groupe doit employer au moins mille salariés dans les Etats membres de l'Espace économique européen et comporter au moins un établissement – s'il s'agit d'une entreprise – ou au moins une entreprise – s'il s'agit d'un groupe – employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces Etats. Peu importe que

l'entreprise ait son siège social dans un autre Etat de l'Espace économique européen que la France, voire dans un Etat extérieur à l'Espace économique européen, dès l'instant où elle a au moins un établissement en France. S'agissant en revanche d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire, il faut que l'une au moins des entreprises du groupe ait son siège sur le territoire national.

2) L'objet de la négociation

L'article L. 2242-20 du Code du travail pose le principe d'une négociation sur la gestion des emplois et des compétences (GPEC). La finalité de celle-ci est d'anticiper les évolutions prévisibles des emplois et des métiers, des compétences et des qualifications, liées aux mutations économiques, démographiques et technologiques prévisibles, pour permettre aux entreprises de renforcer leur dynamisme et leur compétitivité et aux salariés de disposer des outils dont ils ont besoin pour être les acteurs de leur parcours professionnel, soit au sein de l'entreprise, soit dans le cadre d'une mobilité externe. La GPEC constitue ainsi, tout à la fois, pour les entreprises, un outil d'anticipation de leurs besoins en compétences, de préservation et de développement de leur compétitivité et, pour les salariés, le moyen de traiter des évolutions des métiers et des qualifications tout au long de leur carrière de façon à sécuriser leur parcours professionnel. Concrètement, la nature des actions susceptibles d'être prévues dans le cadre de la GPEC dépend de de que celle-ci est opérée « à froid » ou « à chaud ». « A froid », l'accent peut être mis sur l'évolution et l'adaptation des compétences. Peuvent être également programmées des actions de mobilité, qu'il s'agisse de mobilité géographique ou de mobilité professionnelle, de mobilité interne ou de mobilité externe (mobilité au sein du groupe, aménagement du dispositif de mobilité volontaire sécurisée...). « A chaud », la gestion de l'emploi peut être prioritaire et donner lieu, le cas échéant, à des suppressions d'effectifs. Dans ce dernier cas, l'article L. 1237-17 du Code du travail prévoit que l'accord collectif portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences peut le cas échéant définir les conditions et les modalités de la rupture d'un commun accord des contrats de travail, autrement dit comporter un dispositif de rupture conventionnelle collective.

La négociation sur la mise en place d'un dispositif de GPEC se double en principe d'une négociation sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées. A cet égard, l'article L. 2242-20 donne un aperçu, qui n'est pas exhaustif, des principales mesures d'accompagnement susceptibles d'être adoptées. Les unes se rapportent plus particulièrement au volet compétence s'agissant des mesures en matière de formation, d'abondement du compte personnel de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de bilan de compétences. Les autres sont mixtes, orientées vers le

développement des compétences lorsqu'il est en vue d'accompagner la mobilité professionnelle, et davantage vers l'emploi en ce qui concerne la mobilité géographique des salariés.