

Le nouveau visage de la négociation collective

par Francis SARAMITO,

Licencié en Droit, Diplômé de l'Ecole Libre des Sciences Politiques

PLAN

Introduction

I. - Un élargissement des possibilités de dérogation au détriment du principe de faveur.

- A. Possibilité de déroger aux conventions de branche et aux accords professionnels ou interprofessionnels.
- B. Mise en œuvre spécifique de la faculté de déroger par les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement.
- C. L'exception des accords de groupe.
- D. L'application dans le temps des règles nouvelles remplaçant le principe de faveur par un principe de dérogation.

II. - Un critère majoritaire de validité d'application incertaine

- A. La répartition des divers systèmes d'évaluation de la majorité.
- B. Les modes de réalisation de la majorité suivant la nature de la représentation salariale à l'entreprise.
- C. Effet de l'absence de la condition majoritaire de validité.

Conclusions.

Appendice.

La loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (JO du 5.05.2004) dans son titre II consacré au "dialogue social" modifie profondément le droit de la négociation collective. Il s'agit d'un bouleversement tel des règles antérieures que certains commentateurs n'ont pas hésité à le baptiser de "révolution" (1).

Le terme est peut-être excessif mais traduit bien l'importance de la mutation opérée.

Le Gouvernement a avancé comme justification le caractère obsolète d'une réglementation qui, par sa rigidité, serait devenue inadaptée aux évolutions économiques et sociales.

M. Fillon, ministre des Affaires sociales, en ouvrant le débat devant l'Assemblée Nationale, a clairement exprimé ce sentiment : "Chacun doit bien mesurer la portée de ce projet. Il s'agit de réformer un système inchangé depuis des décennies, en modifiant les règles posées par la loi de 1950 sur les conventions collectives... Parler des règles de la négociation collective, c'est traiter des modalités de conclusions des accords, c'est aborder la légitimité de ces accords, c'est redéfinir les champs de négociation et les niveaux de compétence pour les négocier..." et d'ajouter "notre détermination est fondée sur un constat inquiétant, celui d'un système de relations sociales proche de l'essoufflement ..." (2).

De son côté, l'exposé de présentation du projet de loi à l'Assemblée Nationale affirmait que "le régime actuel de la négociation collective se caractérise par une architecture et une hiérarchie des normes rigide entre les différents niveaux de la négociation" (3).

Il est certain que le régime issu de la loi de 1950 était, sur un certain nombre d'aspects, sujet à critiques, la question étant de savoir quels pourraient être la nature et le contenu des solutions destinées à l'améliorer.

A cet égard, le gouvernement se glorifie d'avoir strictement démarqué "la position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective" (4) adoptée le 16 juillet 2001 par les organisations patronales et les syndicats représentatifs de salariés, à l'exception toutefois de la CGT. Il estime que dès lors on ne saurait lui faire de procès d'intention en raison du consensus ainsi réalisé.

Ce consensus n'est peut-être pas aussi assuré si, à l'abstention de la CGT, on ajoute l'absence des syndicats non admis à la représentativité de droit et le fait que parmi les signataires, certains depuis 2001 se sont distancés de la position commune (5).

Cette position commune est l'aboutissement des discussions engagées en 2000 autour de thèmes avancés par le MEDEF dans le cadre de ses propositions pour une "refondation sociale" (6).

(1) Paul-Henri Antonmattei, in numéro spécial des Petites Affiches commentant la loi du 4 mai 2004 - 01.05.2004, n° 97 p. 12

(2) JO Débats AN, 2^e séance du 11 décembre 2003 p. 12230.

(3) Projet de loi n° 1233 p. 15.

(4) Dr. Soc. 2003 p.92 ; disp. sur le site www.cgt.fr dans les pages "Garanties collectives" de la rubrique "Travail".

(5) A cet égard, voir le contenu des auditions de MM. Blondel pour FO et Cocquillon pour la CFTC par la Commission des Affaires Sociales du Sénat ; Rapport n° 179 p. 156 et 171.

(6) Sur les propositions du MEDEF en matière de négociation collective, voir la réflexion de Gérard Lyon-Caen : "A propos d'une négociation sur la négociation" ; Dr. Ouv. 2001 p. 1.

L'une d'entre elles consistait à localiser prioritairement la négociation à l'entreprise. En étendant au profit des accords d'entreprise la faculté de déroger aux normes étatiques ou conventionnelles de niveau supérieur, la loi se situe dans le droit-fil de cette vision (I).

En contrepartie, pour avoir l'air de tenir balance égale entre les partenaires sociaux, la loi pose le principe de subordination de la validité de la convention ou de l'accord à la représentation par les signataires syndicaux de la majorité des salariés entrant dans son champ d'application. Mais elle le fait avec timidité, dans un processus complexe qui laisse la réalisation de cet objectif incertaine (II).

■ I. Un élargissement des possibilités de dérogation ■ au détriment du principe de faveur

L'objectif principal de la loi était d'élargir le champ de compétence des négociateurs en leur permettant d'élaborer de façon autonome le maximum de règles destinées à régir les relations de travail dans le cadre de ce qui a été baptisé du terme nouveau "d'autonomie collective".

En outre, cette autonomie devait surtout se manifester au plus près des réalités, c'est-à-dire à l'entreprise.

Mais il n'en pouvait être ainsi qu'en bouleversant la hiérarchie antérieure des sources du droit du travail. Entre la loi et l'accord collectif d'une part, entre les normes conventionnelles d'autre part, cette hiérarchie était fondée sur le principe de faveur. Aux termes de ce principe, l'accord collectif ne pouvait déroger à la loi que par des dispositions plus favorables aux salariés. De même il ne pouvait déroger aux normes conventionnelles ayant un champ d'application territorial ou professionnel plus large qu'en présentant ce caractère.

Tel était la situation qui découlait avant la loi du 4 mai 2004 des articles L. 132-4, L. 132-13 et L. 132-23 du Code du travail.

Dans ce cadre hiérarchique, l'accord d'entreprise ne pouvait aboutir à la remise en cause des avantages accordés aux salariés par la loi, le règlement, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel en allégeant les obligations mises à la charge des employeurs.

"L'autonomie collective" au niveau de l'entreprise supposait donc la disparition du principe de faveur jusqu'alors affirmé comme un principe directeur du droit du travail.

Une telle éventualité a entraîné de nombreuses réflexions doctrinales portant sur sa régularité constitutionnelle, sur ses conséquences ultérieures sur le contenu du droit du travail et notamment sur l'évolution de la négociation collective qu'il convenait d'en attendre (7).

Mais quelles qu'aient été les réserves, voire les condamnations exprimées par la doctrine travailliste, le Conseil constitutionnel auquel les dispositions de la loi du 4 mai 2004 entraînant une réduction du domaine de principe de faveur avaient été soumises, a affirmé sa conformité à la

Constitution en énonçant que le principe de faveur ne constituait pas un principe de valeur constitutionnelle que le législateur était obligé de respecter, mais un simple principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée (8).

Le Conseil tirait de cette affirmation deux conséquences :

- le législateur peut laisser aux partenaires sociaux, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différents niveaux de négociation,

- il peut également laisser à ces mêmes partenaires sociaux le soin de préciser, par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il a édictées, au besoin en y dérogeant dès lors qu'il a défini de façon précise l'objet et les conditions de la dérogation (9).

La loi du 4 mai 2004 étend le domaine d'intervention des conventions et accords collectifs en ouvrant largement aux négociateurs la possibilité de prévoir des clauses dérogatoires moins favorables aux salariés que celles qui, normalement, auraient dû s'imposer à l'employeur.

A. Possibilité de déroger aux conventions de branches et aux accords professionnels ou interprofessionnels.

La nouvelle rédaction de l'article L. 132-13 inverse totalement la situation antérieure. Alors que ce texte, dans son premier alinéa, continue d'affirmer que conventions ou accords collectifs ne peuvent comporter de dispositions moins favorables aux salariés que celles résultant d'accords ou conventions ayant un champ d'application territorial ou professionnel plus large, la loi du 4 mai 2004 est venue ajouter une condition à sa mise en œuvre. L'interdiction des dérogations *in pejus* ne s'applique que si les signataires de la convention ou de l'accord de champ plus large "*ont expressément stipulé qu'il ne pourrait y être dérogé en tout ou en partie*".

On aboutit ainsi à une rédaction pour le moins curieuse dans laquelle l'affirmation d'un principe de portée générale et

(7) Voir en particulier les opinions exprimées par :

- Georges Borenfreund et Marie-Armelle Souriac : "Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective" ; Dr. Soc. 2003 p. 72.

- Gérard Lyon-Caen : "A propos d'une négociation sur la négociation" ; Dr. Ouv. 2001 p. 1.

- Michèle Bonnechère : "La négociation collective et l'ordre public en droit social, quelques repères" ; Dr. Ouv. 2001 p. 411.

(8) Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004 (JO 5 mai 2004)

(9) Par conséquent, il ne saurait y avoir d'habilitation légale à déroger de portée générale ou indéterminée. La possibilité de déroger ne peut exister que dans un cadre strictement précisé.

permanente voit son effectivité subordonnée à l'indication expresse dans le texte conventionnel qu'il devra être respecté. A défaut, le principe devient inexistant.

On retrouve la même construction au deuxième alinéa concernant la survenance d'une convention ou accord de champ plus large contenant des dispositions nouvelles plus favorables. Elles ne remplaceront dans les conventions ou accords de niveau inférieur les dispositions moins favorables qu'ils contiennent que s'ils le prévoient expressément.

Ainsi les conventions et accords de niveaux supérieurs n'auront d'effet obligatoire, écartant les dispositions moins favorables des conventions et accords de niveau moins élevé que si cela est expressément prévu. A la limite et à défaut d'une telle prévision, seules les dispositions résultant d'une convention ou d'un accord ayant le champ d'application territorial ou professionnel le moins large devront être respectées par l'employeur.

La notion de hiérarchie des normes conventionnelles fondée sur le principe de faveur disparaît pour laisser place à une "articulation" entre les niveaux laissés à la discrétion des négociateurs des conventions ou accords ayant un champ plus large (10).

On ne saurait préjuger s'ils choisiraient la liberté ou l'interdiction de déroger *in pejus*. Ce qui est certain, c'est qu'à défaut d'interdiction, les accords de branches professionnels ou interprofessionnels ne conserveront plus leur rôle de statut ou de réglementation d'application générale, rôle qui était jusqu'à présent le leur depuis les débuts de la négociation collective (11).

Il est donc permis de s'interroger sur l'avenir et le développement des négociations de champ territorial ou professionnel large, en particulier de la négociation de branche, si elle est réduite à ne jouer son rôle qu'en l'absence de conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement, et à n'être plus ainsi qu'une source de droit subsidiaire. La question pourrait même être posée de savoir si la négociation collective présente, en cas d'utilisation maximale de la faculté de déroger, un intérêt pour les salariés (12). Il va falloir que les négociateurs syndicaux des accords de branche ou des accords interprofessionnels se mobilisent en s'appuyant sur les salariés pour imposer des clauses interdisant les dérogations et pour en déclarer d'autres impératives. Silences et irresponsabilités pourraient être fatals aux travailleurs concernés.

B. Mise en œuvre spécifique de la faculté de déroger par les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement.

La question ci-dessus évoquée peut n'être pas totalement théorique au regard de l'élargissement apporté par la loi du 4 mai 2004 à l'étendue du domaine de la négociation

d'entreprise en lui permettant de déroger de façon défavorable aux salariés aux conventions et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

Manifestement, la loi du 4 mai 2004 a entendu donner le maximum d'autonomie à la négociation d'entreprise, conformément aux vœux du patronat.

La justification avancée consiste à considérer que ce niveau de négociation est celui qui permet le mieux d'adapter les règles de portée générale aux réalités de l'entreprise. En fait, il s'agit pour les employeurs d'écarter l'application des règles conventionnelles de niveau supérieur, ou même celles énoncées par le législateur, lorsqu'elles gênent sa gestion de l'entreprise, orientation masquée par le souci de "*concilier les objectifs économiques de l'entreprise avec les aspirations sociales*".

Cette vision est en réalité factice. Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, la négociation est le plus souvent inégale entre les partenaires sociaux. La partie patronale dispose de moyens de pression qui lui permettent, en particulier par le biais du maintien ou non de l'emploi, d'imposer ses orientations, notamment dans les P.M.E. et il y a toutes chances pour que la loi du plus fort l'emporte (13).

Cette situation naît du caractère inégalitaire de la relation de travail. Sans doute, la négociation collective a pour essence de sortir le salarié de son isolement vis-à-vis de l'employeur, mais faut-il encore que l'égalité recherchée soit réelle.

On comprend dès lors pourquoi les salariés et leurs organisations donnent la préférence à la norme professionnelle dont les dispositions seront obligatoires pour tous les employeurs et ne pourront être modifiées que dans un sens plus favorable aux salariés plutôt que d'assister à sa désagrégation par la multiplication au niveau de l'entreprise d'accords moins favorables.

Le principe de faveur permettait de rétablir l'équilibre des forces en présence, la négociation se réduirait à une simple consultation dès lors que le texte proposé par le chef d'entreprise resterait à la fin de son examen le même. La fameuse "autonomie collective" deviendrait une soumission forcée de l'ensemble du personnel aux vues de l'employeur, instrumentant ainsi le droit des salariés à la négociation collective.

C'est pourtant à ce résultat que tendent les dispositions de la loi du 4 mai 2004 en élargissant de façon considérable la faculté pour les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement de déroger aux normes aussi bien légales que conventionnelles normalement applicables par des dispositions moins favorables aux salariés.

1) La faculté de déroger aux dispositions légales

Dans son article 43, la loi du 4 mai 2004 étend aux conventions et accords d'entreprise la faculté de déroger à la

(10) Voir Jean-Emmanuel Ray : "De la hiérarchie à l'articulation des sources en droit du travail", *Liaisons sociales/Magazine*, mai 2004 p. 56.

(11) Voir Marie-Armelle Souriac : "L'articulation des niveaux de négociation" ; *Dr. Soc.* 2004 p. 559 ; Sophie Nadal : "La transformation du rôle de la négociation des conventions et accords de branche" - *Semaine sociale Lamy* n° 1183 du 27 sept. 2004 p.48.

(12) "Le droit des travailleurs à la négociation collective viendra-t-il prendre la forme paradoxale d'un droit de ne pas négocier" (Marie-Armelle Souriac, *Dr. Soc.* 2004 p. 589).

(13) Emmanuel Dockès "Le pouvoir dans les rapports de travail - Essor juridique d'une nuisance économique" *Dr. Soc.* 2004 p.620 spec. p.626 s.

loi dans les hypothèses où jusqu'à présent elle n'était ouverte qu'à des conventions ou accords de branches étendus ; conventions de branche et accords d'entreprise sont désormais placés à cet égard sur un pied d'égalité.

L'article 43 modifie à cet effet, quatorze dispositions du Code du travail, pour y insérer les mots "ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement". On les trouvera énumérées au tableau I ci-contre.

Trois possibilités de dérogation échappent cependant aux conventions ou accords d'entreprise. Il s'agit des dispositions du Code du travail dans deux hypothèses prévoyant la validation de la convention de branche par un décret : la mise en place d'horaires d'équivalence (article L. 212-4), la détermination de la durée maximale hebdomadaire de travail (article L. 212-7, 2° alinéa) ; s'y ajoute la définition du travailleur de nuit pour lequel la directive européenne du 23 novembre 1993 prévoit que cette définition ne fait l'objet d'un accord entre partenaires sociaux qu'au niveau national (article 213-2).

Par ailleurs, il convient d'ajouter au tableau la faculté de déroger par des accords d'entreprise aux dispositions des Livres III et IV du Code du travail en ce qui concerne les modalités d'information et des consultations du Comité d'entreprise en matière de licenciement pour motif économique, faculté ouverte par l'article 2, premier alinéa de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003. Ce texte ne l'accorde que pour une durée de 18 mois à compter de sa promulgation et ne concerne qu'une durée maximale de deux ans. Une intervention du législateur est prévue à l'expiration de cette période. Compte tenu de son état d'esprit actuel, on peut penser que ces dispositions seront prorogées et éventuellement maintenues. Le MEDEF qui s'est livré à une parodie de négociation sur les restructurations se défausse et

Articles	Thème	Objet de la négociation
L. 122-3-4	Contrat de travail	Contrat à durée déterminée Limitation de l'indemnité de fin de contrat à 6% (contre 10%) et action de formation
L. 124-4-1	Contrat de travail	Travail temporaire Fixation de la période d'essai
L. 124-4-4 5 ^e alinéa (1°)	Contrat de travail	Travail temporaire Cas de suppression de l'indemnité de fin de mission
L. 124-21-1	Contrat de travail	Travail temporaire Définition du champ des missions de travail temporaire (extension aux actions en lien avec l'activité professionnelle de ces salariés)
L. 212-4-4	Contrat de travail : temps partiel	Réduction du délai de prévenance et contreparties à cette réduction Décalage jusqu'au tiers des heures au-delà de la durée stipulée au contrat Clauses obligatoires sur les garanties de droit temps complet Fixation d'une période minimale de travail continue et limitation du nombre d'interruptions d'activité ou interruption supérieure à 2 heures
L. 212-4-6 4° et 8°	Durée du travail : temps partiel modulé	Réduction du délai de prévenance à minima 3 jours Limitation du nombre d'interruptions d'activité ou interruption supérieure à 2 heures
L. 212-5-1	Durée du travail	Réduction a minima (10%) du taux de majoration des heures supplémentaires
L. 212-5-2	Durée du travail	Heures supplémentaires Travail saisonnier Détermination des périodes de référence pour le décompte des heures supplémentaires et des repos compensateurs
L. 212-6	Durée du travail	Contingent d'heures supplémentaires
L. 213-3	Travail de nuit	Dérogations à la durée du travail quotidienne et hebdomadaire
L.220-1	Durée du travail	Dérogation au repos quotidien de onze heures
L.221-4	Durée du travail	Dérogation au repos de deux jours des jeunes travailleurs
L. 221-5-1	Durée du travail	Equipes de suppléance – repos par roulement
L. 236-10 4 ^e alinéa	Santé et sécurité au travail	Hygiène, sécurité et conditions de travail - formation spécifique des membres du CHSCT, établissements de moins de 300 salariés

D'après le tableau figurant à la p. 26 du rapport de M. Cherioux - Document Sénat n° 179.

semble attendre que le législateur pérennise le système des accords dits de méthode et écarte définitivement les dispositions novatrices de la loi de modernisation sociale (14).

2) Faculté de déroger aux normes conventionnelles couvrant un champ plus large.

Le nouveau texte issu de la loi du 4 mai 2004 à l'article L. 132-23 fait une application aux conventions et accords d'entreprise des principes énoncés de façon générale à l'article L. 132-13. Il commence par affirmer que la convention ou l'accord d'entreprise peut, au regard des dispositions des

(14) Sur les accords dits de méthode cf. notamment Dr. Ouv. 2003, p. 357.

conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels, comporter des dispositions nouvelles et, si elles en diffèrent, plus favorables aux salariés.

Cet hommage une fois rendu au principe de faveur, le texte le remet en cause en ouvrant la voie à l'adoption de règles dérogeant à celles résultant des conventions ou accords ayant un champ plus large.

Cette possibilité est exclue cependant pour quatre domaines dans lesquels les dispositions de ces conventions ou accords s'appliqueront impérativement, les conventions ou accords d'entreprise ne pouvant comporter de clauses y dérogeant.

L'observation a peu de portée dans deux domaines où les dérogations sont ainsi exclues : *"les garanties collectives mentionnées à l'article 912-1 du Code de la Sécurité sociale"* et *"la mutualisation des fonds recueillis au titre du Livre IX"* du Code du travail. Il s'agit de domaines qui, par leur nature même, suppose une solidarité entre toutes les entreprises de la branche ou de la profession. Il ne saurait donc y avoir de francs-tireurs.

Les deux autres domaines sont : la fixation des salaires minima et des classifications, c'est-à-dire les éléments destinés à servir de base à la hiérarchie plancher des salaires dans la branche.

A partir d'un minimum de base pour l'emploi de qualification la plus basse, une grille détermine les minima des autres emplois selon les définitions données par leur classification conventionnelle hiérarchisée. Là aussi dans un objectif de donner des repères identiques à l'ensemble des entreprises de la branche ou de la profession ainsi qu'à leurs salariés, il est apparu nécessaire d'éviter une dispersion des normes applicables.

En dépit de l'ambiguïté découlant de l'utilisation du verbe pouvoir *"ne peut déroger"*, les accords et conventions d'entreprises peuvent en ce domaine prévoir que des dispositions plus favorables conformément au premier alinéa de l'article L. 132-23 en ce qui concerne le montant de rémunérations minimales comme la consistance de la classification.

Le respect des dispositions salariales des conventions de branche ou des accords professionnels ne concernera strictement que les salaires minima et la définition des classifications. Les autres éléments de la rémunération (primes, bonifications, incidence de l'ancienneté, etc.) pourront être modifiés défavorablement par les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement.

En effet, pour les autres matières que celles ainsi expressément désignées, l'article L. 132-23 précise que la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut déroger aux dispositions conventionnelles couvrant un champ plus large. La possibilité de la dérogation *in pejus* est ainsi généralisée à tous les domaines de la relation de travail. Comme à l'article L. 132-13, l'article 132-23 précise *"sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement"*.

Maintenir le principe de faveur et limiter les dérogations éventuelles au niveau de l'entreprise à des clauses plus favorables aux salariés, va donc devenir un sérieux enjeu pour les négociateurs de branche soucieux des droits des salariés.

Cette possibilité est donc ouverte à ceux-ci. Il est difficile de prévoir l'usage qu'ils en feront. Les intérêts des partenaires sociaux seront a priori divergents. On peut supposer que du côté salariés, on militera pour le maintien du principe de faveur. L'orientation patronale risque d'aller en sens inverse et sera de ne pas accepter la clause expresse interdisant les dérogations. Le seul frein à cette attitude négative résidera dans le souci d'égaliser les conditions de la concurrence entre les entreprises. Mais cette considération sera variable suivant la taille des entreprises de la branche et suivant la vigueur de la concurrence entre elles. Elle se posera au sein du patronat des PME et éventuellement dans certains secteurs où les conventions de branches régulent une concurrence qui peut être très sévère, comme le traitement des eaux, la restauration collective, le nettoyage, le gardiennage, l'hôtellerie. On peut penser également aux industries et services dans lesquels un groupe restreint d'entreprise constitue un oligopole.

L'intérêt du patronat à l'existence d'une règle unique applicable à toutes les entreprises et établissements soumis à la Convention sera ainsi quelquefois à la base de l'utilisation de la faculté d'interdire les dérogations *in pejus*. Mais le plus souvent il s'opposera aux clauses de principe interdisant les dérogations pour monnayer des clauses optionnelles à géométrie ou seuils variables. Là encore les responsables syndicaux des fédérations professionnelles devront être de la plus grande vigilance. Les silences et non dits se révélant désastreux (15).

C. L'exception des accords de groupe

La loi du 4 mai 2004 contribue à l'élaboration d'un droit du travail propre aux groupes d'entreprises en prévoyant pour eux un niveau de négociation spécifique.

A cet effet, elle a ajouté à l'article L. 132-18 qui *"détermine les conditions dans lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise"* les mots *"et dans le groupe"*. Un article L.132-19-1 fixe les règles destinées à réagir ce nouveau niveau de négociation.

Ce faisant, elle consacre en la généralisant et en lui donnant un cadre légal, la jurisprudence qui avait déjà reconnu la validité des négociations au niveau du groupe, mais de façon parcellaire et parfois contestable (16). Ce texte précise les conditions de validité de l'accord de groupe, comment est déterminé son champ d'application, quelles sont les parties appelées à négocier ainsi que les effets de l'accord. Ces dispositions et notamment celles qui portent sur les champs de négociation et les interlocuteurs mériteraient un examen d'ensemble qui sortirait de notre propos (17).

Nous nous limiterons à l'examen de l'articulation entre les conventions et accords de groupe et les conventions et accords de champ plus large.

(15) Pascal Rennes « Alertez les fédérations » - Options, Revue de l'UGICT-CGT n° 465, 15 mars 2004, p. 9.

(16) Cour de Cassation (Ch. Soc.) 30 avril 2003 - Fédération des Employés et Cadres FO et a. c/ Axa France Assurances SA et a. ; Dr. Ouv. 2003 p. 348. n. Marie-France Bied-Charreton.

(17) Voir l'étude de Bernard Teyssié qui regrette l'encadrement des accords de groupe : "Les conventions et accords collectifs de groupe" - Les Petites Affiches 19 mai 2004 n° 97 p. 59.

A cet égard, l'article L. 132-19-1 prend le contre-pied de ce qui est prévu par les articles L. 132-13 et L. 132-23 : "Les conventions et les accords de groupe ne peuvent comporter des dispositions dérogatoires à celles qui sont applicables en vertu de conventions de branches ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ces groupes, sauf disposition expresse de ces accords de branches ou accords professionnels".

On passe ainsi de la liberté de déroger sauf interdiction expresse à l'interdiction de déroger sauf autorisation.

Quelle est la justification de cette différence de traitement ? Le texte de présentation du projet de loi indique, à cet égard, qu'accorder aux accords et conventions de groupe la possibilité de déroger aux conventions et accords ayant un champ plus large "aurait pour conséquence une instabilité pour la couverture conventionnelle des salariés et une fragilisation des relations sociales" (18). De son côté, le rapporteur devant le Sénat fait état du fait que des conventions collectives différentes peuvent s'appliquer aux entreprises du même groupe (19), ce qui revient à vouloir éviter que l'accord de groupe déroge de façon uniforme à ces conventions ou accords recouvrant des réalités différentes, ce qui peut se comprendre.

Quoi qu'il en soit, l'application du texte se révélera complexe.

Il est à noter tout d'abord l'éventuelle autorisation de déroger ne précise pas le sens des dérogations au regard du principe de faveur. S'agit-il des dérogations moins favorables ou plus favorables aux salariés ou les deux ?

Sans doute, l'article L.132-19-1 assimile les effets de la convention ou de l'accord de groupe à ceux des conventions ou des accords d'entreprise. Mais la nature des dérogations fait-elle partie des effets qui doivent être identiques alors que le régime ouvrant ou non la faculté de déroger est radicalement différent ?

A dire vrai, ce renvoi ayant pour objet d'éviter que la négociation de groupe soit un niveau intermédiaire entre la négociation de branche et celle d'entreprise (20) ne règle pas les problèmes soulevés par la coexistence de ces deux types d'accords. Une articulation entre eux fait manifestement défaut.

A la différence des accords de groupe, les accords d'entreprise, sous réserve des exceptions énumérées à l'article L. 132-23, peuvent déroger aux conventions de branche et accords professionnels. Ces dérogations peuvent exister lorsque l'accord de groupe intervient mais peuvent aussi survenir après sa conclusion. Le groupe ne pourra alors pas préserver pour cette entreprise l'application du principe de faveur, situation constituant normalement la règle selon l'article L. 132-19-1.

Par ailleurs, l'accord de groupe ayant un champ d'application professionnel et territorial plus large que la convention ou l'accord d'entreprise, celui-ci ne pourra-t-il pas y déroger conformément au dernier alinéa de l'article 132-23, ce qui écartera éventuellement l'application de la disposition plus favorable de l'accord de groupe, sauf si ce dernier en dispose autrement !

L'articulation de l'accord ou la convention de groupe avec la branche ou la profession ne paraît guère mieux réalisée. Dans un groupe ayant de multiples secteurs d'activités, celles-ci peuvent être régies par des accords de branche différents dont certains admettent la possibilité de déroger, d'autres pas. En pareille occurrence, faudra-t-il transposer les dispositions de l'article L. 132-5-1 applicable aux entreprises ayant plusieurs activités sur la base du principe selon lequel l'accessoire suit le principal ou les accords de groupe devront-ils se limiter à des accords particuliers correspondant à chaque convention de branche ?

En tout état de cause, le principe de faveur, en apparence maintenu ne constituera pas nécessairement une barrière solide à l'apparition de dérogations dans les entreprises (mais mieux vaud l'écrire dans les accords de groupe).

D. L'application dans le temps des règles nouvelles remplaçant le principe de faveur par celui de dérogation.

L'article 45 de la loi du 4 mai 2004 dispose à cet égard que : "la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveau inférieur".

Ce texte largement repris de la "Position commune de 2001" est par lui-même assez obscur. Que faut-il entendre par "valeur hiérarchique accordée par les signataires" ? Qu'est-ce qu'un "niveau inférieur" ? Cette notion s'identifie-t-elle à celle de champ professionnel ou territorial moins large ?

Si les auteurs du texte avaient simplement voulu dire que la loi de 2004 ne s'appliquerait pas aux conventions et accords valablement conclus sous l'empire des dispositions antérieures, il serait inutile – l'article 2 du Code Civil et la jurisprudence, élaborée à propos de son application aux dispositions conventionnelles, auraient suffi à obtenir ce résultat.

Le Ministre du Travail a indiqué de son côté (21) que l'article 45 validait les conventions et accords conclus avant la loi du 4 mai 2004 et qui autorisaient les accords d'entreprise à déroger aux conventions et accords de champ plus large (22). En ce cas, il ne s'agirait que de la validation rétroactive de dispositions antérieures illégales.

Sans doute, en pareil cas, les signataires ont manifesté leur volonté de bouleverser la hiérarchie applicable aux normes conventionnelles en modifiant "leur valeur hiérarchique". Mais l'absence de stipulation de cette nature ne signifie-t-elle pas

(18) Projet de loi n° 1233 p. 18.

(19) J. Cherioux, Rapport ; Document Sénat n° 179 p. 94.

(20) J. Cherioux *op. cit.*

(21) F. Fillon, JO AN 18 décembre 2003 p. 12529.

(22) v. not. le cas du secteur des assurances : Tribunal de grande instance Paris 14 mai 2002, Dr. Ouv. 2002 p.451 n. M. Bonnechère, décision confirmée par CA Paris (1^{re} ch. S) 24 sept. 2003 D. 2004 somm. 386 obs. T. Katz.

que les parties ont négocié dans le cadre des textes en vigueur à l'époque en indiquant ainsi leur intention de respecter le caractère impératif des conventions et accords de niveau plus large ainsi que le principe de faveur qui en est le corollaire? Elles n'avaient pas à déterminer la valeur hiérarchique de leurs conventions ou accords dès lors que cette valeur était fixée par la loi.

On ne saurait méconnaître à cet égard que, tout au long des débats parlementaires, le texte a été présenté comme interdisant les dérogations *in pejus* aux dispositions des conventions de branche et accords professionnels préexistants par les conventions et accords d'entreprise susceptibles d'être conclu postérieurement à la loi.

C'est ainsi qu'un amendement présenté par les Parlementaires de l'opposition ainsi libellé *"une convention ou un accord collectif ne peut comporter des clauses moins favorables que celles des conventions ou accords d'un niveau supérieur conclu avant la présentation de la présente loi"* a été écarté au motif que l'article 45 aboutissait déjà à cet objectif (23).

Le rapporteur devant le Sénat précisait à cet égard d'une manière très explicite qu'à défaut de ce texte *"un accord de niveau inférieur - par exemple les accords d'entreprise - aurait pu déroger sur le fondement des articles 36 et 37 du projet de loi (aujourd'hui 41 et 42 de la loi) aux stipulations d'accords de niveau supérieur, par exemple des accords de branches conclus avant l'entrée en vigueur de la loi, alors même que les signataires de ces derniers avaient entendu leur donner une portée impérative sans préciser toutefois à l'époque, car ce n'est pas légalement nécessaire, qu'il était interdit d'y déroger"* (24).

Ce doit donc être là l'interprétation à donner à l'article 45 : l'interdiction de déroger accompagne le texte des conventions de branche et des accords professionnels conclus avant la loi du 4 mai 2004. Il suffirait cependant de les dénoncer pour adopter de nouvelles dispositions ou de les modifier à la suite d'une nouvelle négociation pour entrer dans le nouveau cadre législatif. Là aussi, il conviendra que les négociateurs syndicaux fassent preuve de perspicacité lors des procédures portant les noms divers de révision, revisitage, modernisation, toilettage des accords ou conventions de branche.

■ II. Un critère majoritaire de validité d'application incertaine ■

La possibilité antérieurement ouverte aux employeurs d'imposer à leur personnel des conventions dérogeant *in pejus* conclues avec des organisations syndicales minoritaires avait fortement été critiquée tant par les organisations dont l'importance était méconnue (en particulier la CGT) que par la doctrine (25), ou par les salariés subissant les effets de ces règles.

Il apparaissait au contraire que la validité de la convention ou de l'accord collectif devait être subordonnée à l'adhésion de la majorité des personnes concernées au travers de leurs organisations syndicales. Pour être valide, la convention devait avoir été signée par celles d'entre elles porteuses de cette majorité.

Après avoir accordé au patronat l'extension de la possibilité de dérogation au détriment du principe de faveur, le législateur a voulu atténuer cette concession en introduisant un embryon de principe majoritaire comme condition de validité des conventions et accords collectifs, mais d'une façon beaucoup moins généreuse.

La condition majoritaire de validité n'est pas énoncée comme une disposition générale applicable à toute négociation collective. Elle varie dans sa formulation suivant les niveaux de celle-ci, si bien que pour certains d'entre eux elle n'est qu'un faux-semblant.

Pour apprécier cette majorité, le législateur s'est inspiré des précédents existants pour certains accords d'entreprise (anciens art. L. 132-7 et L. 132-26 du Code du travail et article 19 de la loi du 19 janvier 2000).

Au lieu d'une règle simple et uniforme, on aboutit ainsi à un système extrêmement complexe dans lequel la notion de majorité risque de se trouver effacée (26).

Suivant les situations, la validité de la convention ou de l'accord collectif dépendra soit d'une majorité de syndicats soit d'une majorité en voix des salariés entrant dans son champ d'application. Cette majorité pourra prendre la forme soit d'une majorité d'approbation ou d'engagement, soit d'une majorité d'opposition et même, exceptionnellement, elle pourra résulter d'une consultation du personnel.

Mais dans pratiquement toutes les situations, les modalités de calcul de cette majorité seront déterminées par la disposition d'une convention de branche ou d'un accord professionnel étendu, baptisé par certains commentateurs *"d'accords de méthode"*, préalablement conclu. Il pourra ne concerner que ce mode de calcul dans des dispositions dont le respect commandera la validité des conventions ou accords ultérieurs. Il pourra sans doute contenir d'autres matières, mais alors leur validité dépendra de l'observation des règles de majorité qu'il aura lui-même fixée.

(23) JO Débat Sénat - séance du 19 février 2004 sur le texte de l'article 39 du projet de loi (dont est issu l'article 45). Egalement débats AN 1^{re} séance du 17 décembre 2003 p. 12528 et s.

(24) J. Cherioux - rapport Sénat Document n° 179 p. 90.

(25) Entre autres :

- Georges Borenfreund "Propos sur la représentativité des

salariés" - Dr. Soc. 1988 p. 486 - "La représentativité des salariés et l'idée de représentation" Dr. Soc. 1991 p. 694.

- Francis Saramito : "A la recherche d'une majorité dans la négociation collective", Dr. Ouv. 2000 p. 428.

(26) Voir Jean-Emmanuel Ray : "Les curieux accords majoritaires de la loi du 4 mai 2004" Dr. Soc. 2004 p. 590.

A. La répartition des divers systèmes d'évaluation de la majorité suivant le niveau de négociation.

Présentation synthétique des nouvelles règles de conclusion des accords collectifs

Niveau de négociation	Principe majoritaire	Modalités de calcul de la majorité	Base juridique
Interprofessionnel	Droit d'opposition	Majorité d'organisations syndicales	Art. L. 132-2-2.I
Branche			Art. L. 132-2-2.II
Accord étendu	Droit d'opposition	Majorité d'organisations syndicales	1er alinéa
Accords conclus dans le même champ d'application Si l'accord étendu le prévoit	Majorité d'approbation	Organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche : - soit au vu d'une consultation dans la branche - soit au vu des résultats des dernières élections du personnel	1er et 2e alinéas 3e et 5e alinéas 4e et 6e alinéas
Si l'accord étendu ne prévoit rien	Droit d'opposition	Majorité des organisations syndicales.	dernier alinéa
Entreprise ou établissement ou groupe			Art. L. 132-2-2 III Art. L. 132-19-1
S'il y a accord étendu préalable	Majorité d'approbation	Organisations syndicales représentant la majorité des salariés au vu des dernières élections du personnel. A défaut approbation des salariés.	2e alinéa
	Ou droit d'opposition	Organisations syndicales ayant recueilli la majorité aux dernières élections du personnel.	3e alinéa
En l'absence d'accord étendu préalable	Droit d'opposition	Organisations syndicales ayant recueilli la majorité aux dernières élections du personnel.	3e alinéa.

1. Majorité de syndicats et majorité de salariés.

La lecture de ce tableau fait apparaître que les accords interprofessionnels, les conventions de branche et les accords professionnels voient leur validité subordonnée au défaut d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés, ce que Jean-Emmanuel Ray appelle une "majorité arithmétique" (27).

Ce recours à la majorité de syndicats pour les conventions de branche et accords professionnels s'explique par un souci d'éviter que les syndicats les moins influents ne soient écartés de leur conclusion.

Une majorité de syndicats ne correspond pas nécessairement à la majorité des salariés auxquels la convention ou l'accord doit s'appliquer et la mise en œuvre de cette condition de validité peut aboutir et aboutira souvent à des conventions ou accords minoritaires. En effet, la moitié plus un des syndicats ne garantit pas que cette somme arithmétique constitue l'expression d'une volonté des personnels concernés. Si l'on considère le nombre des organisations présumées représentatives, cette majorité sera de trois sur cinq. Or trois syndicats d'influence modeste peuvent ne constituer qu'une minorité des salariés entrant dans le champ d'application de la convention ou de l'accord qui sera dès lors minoritaire (28).

Pour les accords ou conventions étendus l'opposition d'une majorité de syndicats est seule prévue comme l'expression de la majorité.

C'est par une telle convention ou accord étendu que la branche fixera le mode d'adoption de ses propres accords. Au départ, c'est donc le système le moins démocratique qui est retenu. Il faudra un effort considérable des syndicats et des salariés attachés à la majorité appréciée en nombre de voix pour faire prévaloir ce choix par les négociateurs de branche. L'obligation de l'extension ne corrigera en rien la procédure qui s'imposera ainsi aux accords à venir.

Ce n'est en effet que lorsqu'une convention ou un accord préalable étendu l'aura prévu que le critère de validité pourra correspondre à la majorité des salariés. Cette majorité résultera soit d'une consultation des salariés concernés, soit du résultat des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel dans la branche ou la profession.

La convention ou l'accord étendu devra, en cas de consultation destinée à mesurer la représentativité des différents syndicats, en fixer les modalités et la périodicité conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'élections professionnelles. Cette consultation devra respecter le droit commun électoral. Par contre, les contestations ne seront pas de la compétence du Tribunal d'instance mais du Tribunal de grande instance.

(27) *op. cit.*

(28) Ce mécanisme est indépendant du nombre d'organisations. Il pourra être supérieur à cinq dans certaines branches ou

professions. Il pourra évoluer en cas de modification de l'arrêté de 1966.

Si la convention ou l'accord étendu opte pour la comptabilisation des voix aux élections professionnelles, il déterminera le mode de décompte de leur résultat.

On peut toutefois craindre qu'un défaut de consensus, ou bien que les difficultés d'organiser la consultation d'ampleur nationale concernant une branche ou une profession, ne soient utilisés par certains négociateurs pour l'écartier (29). De même pour le décompte des résultats d'élections professionnelles qui ne concerneront pas forcément toutes les entreprises.

Il y a donc bien le risque qu'à ce niveau la majorité demeure une majorité de syndicats.

Par contre, la validité des conventions et accords d'entreprise ou d'établissement est quant à elle subordonnée à leur conclusion par des organisations représentant la majorité des salariés entrant dans son champ d'application. La majorité de syndicats cède la place à cette majorité de salariés.

Cette ambition pourra être réalisée de deux façons, soit la convention ou l'accord sera signé par des organisations majoritaires, soit celles-ci se seront abstenues de faire opposition à son entrée en vigueur.

2. Majorité d'approbation et majorité d'opposition.

Ici aussi, une convention de branche ou un accord professionnel étendu déterminera préalablement les conditions de validité des accords collectifs d'entreprise ou d'établissement. Il a le choix des deux modalités susvisées.

Il peut exiger que l'accord soit conclu par des syndicats majoritaires en raison de leur influence électorale. En ce cas celle-ci devra correspondre, dit la loi du 4 mai 2004, *"au moins à la moitié des suffrages exprimés du premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel"*.

La loi écarte donc la majorité des inscrits comme indicateurs à la différence des anciens articles L. 132-26 et L. 132-7. Cette majorité électorale sera par conséquent plus facile à atteindre.

Par ailleurs, le législateur, en limitant le calcul au premier tour, avalise la jurisprudence de la Cour de Cassation (30). On peut penser que le principe posé par celle-ci selon lequel n'étaient décomptés que les suffrages obtenus par les seuls titulaires continuera à s'appliquer.

Toutefois, les signataires non-majoritaires ont le recours de faire trancher leur différend avec les non-signataires majoritaires en soumettant le texte de la convention ou de l'accord d'entreprise à l'agrément du personnel dans des conditions qui seront fixées par décret. L'approbation résultera alors de la majorité des suffrages exprimés par les salariés de l'entreprise ou de l'établissement. Les majoritaires pourront

s'associer à cette initiative ou même inciter à consulter les salariés bien en amont.

La convention ou l'accord préalable peut opter pour le défaut d'opposition des syndicats non-signataires en vertu du principe "qui ne dit mot consent". Par contre, si une telle opposition est formée par des syndicats majoritaires en voix, la convention ou l'accord sera dépourvu de validité et réputé non écrit.

Cette possibilité d'opposition est générale. Elle concerne l'ensemble du texte. Elle diffère en cela du droit d'opposition antérieurement prévu qui ne pouvait porter que sur des clauses dérogatoires ou réductrices d'avantages conventionnels. Le droit d'opposition voit ainsi son champ d'application étendu sans limites.

Les syndicats opposants doivent être majoritaires. Ce caractère sera fonction, ici aussi, des résultats des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel en prenant en considération la majorité des suffrages exprimés au premier tour des élections.

L'opposition doit être formée dans un délai très bref : huit jours à compter de la date de notification de cet accord. En effet, l'article L. 132-2-2 V, qui résulte de la loi du 4 mai 2004 prévoit que *"la partie la plus diligente des organisations signataires d'une convention ou d'un accord collectif en notifie le texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature."* Cette communication n'était pas autrefois prévue et son absence rendait incertain le point de départ du délai de huit jours. Tant que cette notification du texte n'a pas eu lieu, le délai court toujours, de même si elle n'est que partielle quant à ses destinataires. C'est à toutes les organisations représentatives qu'elle doit être faite.

En raison de son importance, il apparaît que la notification de cet écrit devra être faite, bien que cela ne soit pas exigé par la loi, par lettre recommandée avec accusé de réception.

Une fois munies de ce texte, les organisations non-signataires, dès lors qu'elles sont majoritaires, peuvent faire opposition. Elle est formée par écrit et motivée. Cette exigence de motivation doit être envisagée à la lumière de la nature nouvelle de l'opposition. Les non-signataires sont souverains dans l'exercice de ce droit qui peut porter sur tout ou partie de la convention ou de l'accord. Son champ n'est pas limité par les dispositions légales.

Sans doute, l'article L. 132-2-2 nouveau indique-t-il dans son § V que l'opposition doit préciser *"les points de désaccord"*. Toutefois, dès lors qu'il n'appartient pas aux juges d'apprécier la valeur des arguments présentés de part et d'autre sous peine de se substituer aux négociateurs mais seulement la régularité formelle de l'acte d'opposition, la motivation se limitera au seul énoncé de ces points de désaccord sans justification des raisons du désaccord (31).

(29) Si les confédérations CFTC et CGT-FO ont nettement affiché leurs réticences, il n'est pas certain que dans certains secteurs les organisations affiliées ne soient pas conduites à varier leurs attitudes.

(30) Cour de Cassation (Ch. Soc.) 18 novembre 1998, Dr. Ouv. 1999 p. 225.

(31) Sous l'empire des dispositions antérieures de l'article L. 132-26 la motivation de l'opposition aux accords dérogatoires avait été jugée par la Cour de cassation comme ne consistant pas dans la justification des raisons de l'opposition mais dans le simple énoncé du texte auquel l'accord dérogeait (Cass. Soc. 13 juillet 1999, Dr. Ouv. 1999 p. 462). Sur ce point : Pascal Lagoutte "La négociation d'entreprise" - Les Petites Affiches n° 97, 24 mai 2004 p. 40 et Jean-Emmanuel Ray, *op. cit.*

Il est à noter que le droit d'opposition des non-signataires majoritaires sera le seul moyen d'invalider la convention ou l'accord conclu par des organisations minoritaires en l'absence de convention ou d'accord étendu déterminant préalablement les conditions de validité des accords collectifs au niveau de l'entreprise.

Ceci étant, lorsque la validité de la convention ou de l'accord n'est pas liée chez les signataires à une influence électorale majoritaire, la seule éventualité de l'exercice du droit d'opposition ne met pas à l'abri de la conclusion d'un accord minoritaire. En effet, la validité du texte ne sera remise en cause que si le droit d'opposition est effectivement exercé par les non-signataires. Or, compte tenu de la brièveté du délai et des formalités à respecter, cela n'est pas acquis d'avance.

B. Le mode de réalisation de la majorité en fonction de la nature de la représentation salariale à l'entreprise.

Pour qu'il y ait négociation collective, il est nécessaire que la partie salariale soit représentée. C'est le rôle du délégué syndical chargé de cette fonction auprès du chef d'entreprise. Par ailleurs, la détermination de l'influence électorale suppose que des institutions représentatives fassent l'objet d'un scrutin.

Par conséquent, en l'absence d'un délégué syndical et d'institutions élues, tout ce qui vient d'être dit est normalement appelé à rester lettre morte. C'est pourtant une situation qui risque de se présenter fréquemment dans les petites et moyennes entreprises.

La loi du 4 mai 2004 comporte des dispositions destinées à remédier à de tels états de fait (32).

1) Présence d'un délégué syndical mais absence d'institutions électives.

Cette situation est apparemment exceptionnelle puisque la première initiative d'un délégué syndical sera de provoquer des élections professionnelles. Il est possible toutefois qu'il n'existe pas de candidats à l'élection et l'on aboutira à cette hypothèse curieuse.

Quoi qu'il en soit, la loi du 4 mai 2004 a disposé en ce domaine sans que cela ait provoqué beaucoup de commentaires. Il s'agit du quatrième alinéa du III de l'article L. 132-2-2 nouveau. La convention ou l'accord d'entreprise signé par ce délégué doit être soumis à la consultation du personnel dans des conditions identiques à celle provoquée éventuellement par un accord minoritaire.

Les conditions seront fixées par décret, sans doute le même que celui prévu au deuxième alinéa. Par conséquent, la convention ou l'accord ne sera valide que s'il obtient la majorité des suffrages exprimés lors de cette consultation.

2) Absence de délégué syndical mais présence d'élus.

Ceux-ci ont toutes chances d'être élus à partir de candidatures libres, ce seront des élus d'un second et unique tour de scrutin. La solution envisagée par la loi du 4 mai 2004 suppose qu'au préalable, une convention ou un accord de branche étendu précise qu'en ce cas, il est dérogé aux articles du Code du travail prévoyant la négociation avec les délégués syndicaux. Elle doit préciser les thèmes ouverts au mode de négociation dérogatoire adopté.

Dans l'hypothèse visée ci-dessus, ce mode de dérogation consiste à substituer au délégué syndical les représentants élus du comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel. Cela revient à conclure des accords "atypiques" normalement proscrits comme sortant des attributions des comités d'entreprise (33) en limitant cette consécration à une situation donnée, celle de l'absence de délégué syndical.

Cette solution avait été déjà adoptée par le législateur dans une loi expérimentale et temporaire du 12 novembre 1996 et par la loi du 19 janvier 2000 pour les accords de réduction du temps de travail.

Au nombre des élus susceptibles de se substituer au délégué syndical, on doit compter les membres d'une délégation unique mise en place par le chef d'une entreprise dont l'effectif est inférieur à deux cents salariés.

Il est possible alors de s'interroger sur leur indépendance.

En fait, les accords qui seront conclus par les élus au lieu et place du délégué syndical posent la question de savoir s'ils ont obtenu l'approbation de la majorité des salariés. Les résultats du scrutin seront indicatifs à cet égard, mais l'élection, en particulier s'il y a plusieurs listes sans étiquette syndicale, peut poser la question de l'appréciation de cette majorité.

La loi du 4 mai 2004 renvoie à la convention de branche ou à l'accord professionnel étendu préalable le soin de déterminer les conditions de la majorité exigée des accords collectifs d'entreprise négociés par les élus, c'est-à-dire dans quelle mesure cette majorité sera nécessaire à leur validité (34).

Mais même lorsqu'ils répondent au critère majoritaire, la convention ou l'accord d'entreprise ne seront pas valides de ce seul fait. Ils ne le seront qu'après leur approbation par une commission paritaire nationale de branche. C'est à la convention ou l'accord étendu préalable qu'il appartient d'en préciser les modalités de fonctionnement. A cet égard, se posera la question, pour la fraction salariale de la commission, de sa composition et de la majorité nécessaire à l'expression de cette approbation.

Enfin, les accords ainsi conclus ne pourront entrer en vigueur qu'après leur dépôt auprès de l'administration du travail dans les conditions prévues à l'article 132-10 du Code du travail. A son texte devra être joint un extrait du procès verbal d'approbation.

(32) Voir Georges Borenfreund : "La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux" Dr. Soc. 2004 p. 606 ; Michel Morand : "La négociation atypique d'entreprise", Les Petites Affiches n° 97 p. 44, mai 2004.

(33) Voir M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 7^e ed., 2003, LGD), p. 474 et s.

(34) La détermination des conditions de majorité passe ainsi de la compétence du législateur à celle des partenaires sociaux. Ces derniers ont évidemment le choix entre diverses possibilités : s'en tenir à la majorité arithmétique non plus des syndicats mais des élus, doter d'un droit d'opposition les signataires majoritaires, voire un membre du personnel, etc.

3) Absence de délégué syndical et d'élus.

C'est là la situation des entreprises où le vide de représentation est total. Elle se présentera comme les précédentes dans les petites et moyennes entreprises le plus fréquemment mais pas nécessairement.

A cet égard, la convention de branche ou l'accord professionnel étendu préalable peuvent prévoir que les conventions ou accords d'entreprise peuvent être conclus par un ou plusieurs salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales reconnues représentatives au plan national.

La pratique de mandatement avait été antérieurement validée par un arrêt resté isolé (35). Elle fut également reprise par le législateur en 1996 et 2000.

Seules, ces organisations peuvent user de cette faculté et elles ne peuvent mandater qu'un seul salarié par organisation. Tout salarié de l'entreprise peut être mandaté à l'exception de ceux assimilables au chef d'entreprise en raison des pouvoirs qui leur sont dévolus ou de ceux qui sont des proches parents du chef d'entreprise.

Préalablement, ce dernier qui ne dispose pas d'interlocuteur syndical dans l'entreprise devra informer au plan départemental ou local les organisations représentatives susceptibles d'opérer un mandatement de son intention de négocier, même si un salarié a été spontanément désigné.

Ainsi averties, ces dernières peuvent procéder au mandatement d'un salarié pour participer à cette négociation. Le salarié mandaté bénéficie de la protection prévue par l'article L. 412-18 du Code du travail. La loi précise la durée de la protection : elle débute dès que l'employeur a connaissance de l'imminence de cette désignation, en fait à partir du moment où il prévient les organisations syndicales de son intention d'ouvrir la négociation. Elle est prolongée pendant les douze mois qui suivent la fin du mandat. Cette fin doit faire l'objet d'un procès verbal de désaccord si la négociation n'aboutit pas.

Si elle aboutit, l'accord d'entreprise signé par le salarié mandaté doit faire l'objet d'une consultation du personnel et être approuvé pour celui-ci à la majorité des suffrages exprimés dans des conditions fixées par décret. Il ne peut entrer en application qu'après avoir été déposé auprès de l'administration du travail (36).

(35) Cass. Soc. 25 janvier 1995, RJS 4/95 p. 231

(36) Cette consultation fait partie des quatre hypothèses de référendum prévues par la loi du 4 mai 2004 et qui sont :
- au niveau de la branche la consultation de majorité éventuellement destinée à mesurer la représentativité des organisations syndicales des salariés ;
- au niveau de l'entreprise 1. La consultation ayant pour objet de faire approuver leur accord à la demande des signataires minoritaires 2. Celle ayant pour objet de faire approuver un accord signé par un délégué syndical en l'absence d'élections professionnelles, 3. Celle citée ci-dessus et qui tend à faire approuver un accord conclu par un ou des mandatés. Ces consultations sont effectuées dans des conditions qui doivent être fixées par un décret. Les deux dernières (articles L. 132-2, III et L. 132-26, III quatrième alinéa) sont obligatoires.

C. Effet de l'absence de la condition majoritaire de validité.

Cet effet est l'absence de toute validité de l'accord. L'article L. 132-2, V dispose que *"les textes frappés d'opposition majoritaire et les textes n'ayant pas obtenu l'approbation de la majorité des salariés sont réputés non écrits"*.

La formule est reprise aux § II et III de l'article L. 132-26 nouveau en ce qui concerne les accords conclus par les élus du personnel ou les salariés mandatés : *"faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit"*, approbation émanant dans le premier cas de la Commission paritaire nationale de branche, dans le second cas du vote majoritaire du personnel.

La convention ou l'accord doit être considéré comme n'ayant jamais existé. Il ne saurait donc recevoir application. Cet effet rigoureux est automatique. Les organisations syndicales majoritaires n'ont nul besoin de faire constater par justice la disparition de l'accord.

Par contre, les signataires non-majoritaires et les employeurs pourraient être tentés de contester l'existence de l'approbation ou de l'opposition majoritaire et faire admettre la validité de l'accord. Ils peuvent évidemment soit contester la réalité ou la régularité du scrutin de référence ou arguer l'absence d'une des conditions de forme mises à l'exercice du droit d'opposition mais ils ne pourront pas élever de contestation sur les motifs des non-signataires de refuser l'accord, le juge ne pouvant en la circonstance se substituer à eux, le droit de ne pas conclure étant souverain.

Par ailleurs, la mise en vigueur d'un accord ne bénéficiant pas de la condition de majorité, constitue un trouble manifestement illicite dont la cessation est de la compétence du juge des référés. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans un arrêt du 25 mai 2004 pour un accord dérogatoire frappé d'opposition (37). Depuis la généralisation du droit d'opposition, cette solution doit être étendue à tous les accords susceptibles d'en être l'objet. Elle est aussi valable pour ceux conclus avec des signataires minoritaires.

Le défaut de validité frappera l'accord tout entier, c'est ce qui est visé par les textes. Il faut en conclure qu'il ne peut y avoir de validation partielle.

L'employeur peut évidemment tenter de substituer à un accord collectif une décision unilatérale, mais il ne pourra le faire qu'en respectant les dispositions légales et réglementaires ou les dispositions conventionnelles antérieures et de niveau supérieur ainsi que les clauses essentielles du contrat de travail de ses salariés.

(37) Cour de cassation 25 mai 2004 (Semaine Sociale Lamy n° 1171 p. 9, Dr. Ouv. juin 2004 couv. n°1). "Attendu cependant que la régularité de l'opposition du syndicat demandeur n'ayant pas été contestée, le maintien en vigueur de l'accord frappé d'opposition ainsi réputé non écrit constitue un trouble manifestement illicite, peu important l'existence d'une contestation sérieuse sur la nature dérogatoire de l'accord ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'Appel a violé les textes susvisés". Voir sous la même référence p. 6 à 8 le rapport de Marie-Laure Morin. Effectivement, à l'époque, il existait une condition de fond à l'opposition : elle ne pouvait frapper qu'un accord dérogatoire. Elle a disparu dès lors que l'opposition vise l'accord tout entier.

Conclusion

“La loi Fillon votée voilà un an reconnaît que la négociation d’entreprise peut avoir plus de force que la négociation de branche ou la négociation interprofessionnelle. Je crois que c’est un tournant que l’on a peut-être pas assez souligné”. Cet extrait d’un entretien publié au *Figaro Magazine*, bien qu’il concerne la première loi Fillon sur la durée du travail peut parfaitement s’appliquer à la loi du 4 mai 2004 pour illustrer tout l’intérêt qu’elle présente pour les employeurs (38).

Cette loi, en effet, peut profiter particulièrement à ceux-ci. Non seulement, elle élargit le champ dérogatoire des accords d’entreprise, mais elle met à mal le principe de faveur. La négociation d’entreprise peut pratiquement en dehors d’un domaine restreint, porter sur n’importe quoi en réduisant ou supprimant les clauses favorables aux salariés.

En contrepartie, il faudra faire en sorte que la nécessité d’obtenir l’accord majoritaire des salariés apporte une limite à cette éventualité. Déjà réduite au niveau de la branche et de la profession par la prédominance de l’accord majoritaire en

nombre de syndicats et non de voix des salariés concernés, cette exigence au niveau de l’entreprise reposera le plus souvent sur un droit d’opposition dont l’exercice sera toujours incertain et délicat à mettre en œuvre face au chantage patronal du tout ou rien.

Dans ce cadre, on ne saurait affirmer qu’il ne se rencontrera plus d’accord minoritaire.

Il faudra beaucoup d’efforts et de conviction de la part des syndicats pour imposer le principe majoritaire en nombre de voix des salariés et la majorité positive « d’approbation ». Cette loi n’est pas immuable, c’est au niveau des branches professionnelles que tout va se jouer avec une répartition des tendances syndicales très diverses. Les syndicats d’entreprise constituant les fédérations ont donc un grand rôle à jouer pour faire prévaloir un vrai principe majoritaire, aspiration très forte des salariés, condition de développement d’un syndicalisme moderne et réellement représentatif.

Francis Saramito

(38) M. Sellière, *Le Figaro Magazine* 27 août 2004.

APPENDICE

En dehors de ses dispositions modifiant la structure du droit de la négociation quant à la hiérarchie des normes conventionnelles et les conditions de validité des accords collectifs, la loi du 4 mai 2004 aborde d’autres questions plus ou moins en rapport avec la négociation collective.

1. Le droit de saisine des organisations syndicales

La loi ouvre aux organisations de salariés représentatives le droit de proposer les thèmes de négociation qu’elles souhaitent voir aborder (article L. 132-5 I nouveau). Les modalités suivant lesquelles ces demandes doivent être prises en compte sont fixées par les conventions de branche ou les accords professionnels. La prévision de ces modalités est ajoutée à la liste des clauses qui doivent figurer obligatoirement dans une convention de branche ou un accord professionnel pour qu’ils puissent être étendus (modification apportée à l’article L. 132-5 par l’article 51 de la loi).

Ces modalités ne peuvent remettre en cause les négociations obligatoires déjà prévues par les articles L. 132-12 et L. 132-22 du Code du Travail (négociation sur les salaires et la répartition du temps de travail).

2. Révision des accords collectifs

La loi du 4 mai 2004 maintient sur ce point la plupart des principes antérieurs. Les modalités de sa révision ou du renouvellement doivent être prévues

d’avance dans la convention ou l’accord concerné. Seules les parties signataires sont habilitées à signer les avenants de révision, qui se substituent de plein droit aux stipulations antérieures.

Le droit d’opposition aux clauses réductrices d’avantages disparaît, l’avenant devant être signé dans le respect de la condition majoritaire conformément à l’article L. 132-2-2 nouveau. La convention ou l’accord ayant déjà été conclu dans le respect de cette condition, la question de savoir si l’accord doit être signé par tous les signataires initiaux ne se posera plus, en tout cas dans les mêmes termes. Que se passera-t-il si la majorité de révision n’est pas la même majorité que celle qui aura signé l’accord ? A défaut de précisions de la loi sur ce point, il faut semble-t-il conclure que la condition de majorité ayant été respectée dans chaque cas la convention ou l’accord ainsi que l’avenant sont tous les deux valides.

Cette incorporation automatique ne jouera que pour les accords de révision. Les conventions ou accords ne portant pas révision d’un texte antérieur mais portant sur des dispositions nouvelles mèneront au contraire une vie autonome.

L’ancien principe d’incorporation d’office des accords ultérieurs disparaît, le second alinéa de l’article L. 132-11 étant supprimé. Ce texte qui présentait l’avantage de rassembler en un seul document les textes conventionnels comportait aussi des inconvénients dans le cadre de la nouvelle structure de la négociation collective (voir rapport de M. Chérioux, Sénat n°179, tome II p. 68). Les nouveaux avenants devenant des accords autonomes, ouvriront ainsi la porte à la dérogation sauf s’il en est disposé autrement.

3. La détermination de la convention collective applicable dans les entreprises à activités multiples

La loi du 4 mai 2004 maintient le principe antérieurement dégagé par la Cour de cassation selon lequel la convention collective applicable est celle de l’activité principale de l’entreprise.

Elle lui apporte cependant une atténuation lorsque le concours d’activités au sein d’une même entreprise rend son application incertaine. En ce cas, les conventions collectives et les accords professionnels peuvent prévoir les conditions dans lesquelles l’entreprise

choisira librement la convention applicable. Elles le feront par des clauses dites d'option qui l'autoriseront.

Toutefois, la faculté d'option n'existera que si chacune des conventions collectives en cause contient la même clause reproduite de façon symétrique. Cette exigence suppose une entente entre les branches et les professions qui sera sans doute difficile à réaliser.

Cette nouveauté constitue une remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation qui jugeait de telles clauses contraires au principe de l'activité principale (26 novembre 2002, RJS 2003 n° 220 p. 147).

Ces dispositions ne semblent pas remettre en cause les clauses dites de statu quo qui permettent à l'entreprise en cas de renouvellement de la convention collective, de continuer à appliquer la convention antérieure.

On peut penser enfin que subsistera le principe jurisprudentiel suivant lequel les salariés exerçant une activité différente dans un centre d'activité autonome relèvent de la convention collective régissant cette activité spécifique par exception au reste du personnel de l'entreprise (Cass. Soc. 5 octobre 1999, Dr. Ouv. novembre 1999, résumé n° 5).

4. Les institutions paritaires

Les observatoires paritaires de la négociation collective

La loi du 4 mai 2004 crée un article L. 137-17-1 imposant aux conventions de branche ou aux accords professionnels d'instituer des observatoires paritaires de la négociation collective. Ces accords devront nécessairement préciser le financement et les modalités de fonctionnement de l'observatoire.

Il doit assurer un suivi de l'exécution de la convention ou de l'accord mais aussi exercer un contrôle sur la liberté laissée aux négociateurs d'entreprises.

A cet effet, ils doivent recevoir :

- pour validation, les accords conclus, en l'absence de délégué syndical, avec les élus du personnel,
- pour information tous les accords d'entreprise ou d'établissement pour la mise en œuvre de dispositions législatives dans les matières visées par l'article 43 de la loi.

Les commissions paritaires territoriales

Les conventions et accords collectifs peuvent prévoir que des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles sont susceptibles d'être créées au plan local, départemental ou régional. Ils doivent prévoir en outre le

statut des membres salariés de ces commissions (droit de s'absenter, rémunération du temps passé, protection) : l'article L. 132-30 du Code du Travail a été sérieusement édulcoré par l'art. 48 de la loi. Alors qu'elles constituaient une possibilité de représenter réellement par l'élection les salariés de petites entreprises, ces commissions seraient maintenant destinées à accompagner un « dialogue social territorial » aux contours plus qu'incertain.

Le rôle de ces commissions paritaires est double.

- Elles peuvent négocier et conclure des accords collectifs au plan local notamment en matière d'emploi et de formation continue, dit le texte. Le niveau local est reconnu ainsi comme un niveau possible de négociation. Apparemment, ils ne seraient pas soumis à la condition majoritaire de validité car le texte ne vise que l'article L. 132-2. Ils doivent cependant respecter les accords interprofessionnels ou professionnels nationaux. Au cas contraire, ce sera la disposition la plus favorable au salarié qui alors s'appliquera.

- Elles exercent leur mission de conciliation au niveau local. Elles examinent, dit le nouvel article L. 132-30, les réclamations individuelles ou collectives.

Ces commissions ont d'autre part une mission non plus seulement dans les entreprises de moins de cinquante salariés mais dans toutes les entreprises entrant dans leur champ d'application géographique.

5. L'information du personnel et de ses représentants

La loi du 4 mai 2004 a profondément modifié l'article L. 135-7 du Code du travail.

Tout d'abord, il revient à la convention de branche et à l'accord professionnel de déterminer les modalités de cette information. A défaut, des dispositions figurant au Code du travail s'appliquent. Constituent-elles un droit minimum ? Bien que les négociateurs soient autonomes et que le principe de faveur ait disparu, compte tenu de l'importance que la jurisprudence attache à l'information des personnels et de leurs représentants pour l'application des textes conventionnels, on peut penser que la réponse doit être affirmative.

Comme par le passé, les textes conventionnels doivent être remis aux représentants du personnel, élus ou mandatés à la liste desquels s'ajoutent désormais les salariés mandatés pour

négocier en l'absence de délégué syndical et d'élus.

Egalement, subsiste l'obligation de tenir à la disposition des salariés de l'entreprise, sur le lieu de travail, un exemplaire à jour de ces textes, un avis devant être affiché.

Dans les entreprises dotées d'un intranet, cette mise à disposition doit être faite sur celui-ci. Cette obligation complémentaire ou se substitue-t-elle à la précédente ? Compte tenu que tous les salariés ne seront sans doute pas à même d'utiliser le net, son utilisation ne peut être que complémentaire à la mise à disposition manuelle.

La grande nouveauté consiste dans le fait que désormais, au moment de l'embauche, l'employeur doit remettre au salarié une notice d'information relative aux textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Cette notice ne sera pas un résumé de ces textes mais leur liste avec l'indication de leur nature et de l'endroit où l'on peut se les procurer. Ce n'est pas un document contractuel mais un élément d'information. La seule obligation qui pèse sur l'employeur consiste à la remettre mais elle suppose sans doute aussi que son contenu soit suffisamment clair.

Il convient, au surplus, de rappeler qu'aux termes de la jurisprudence, l'inobservation de l'obligation d'information, notamment le défaut d'affichage, rend la convention ou l'accord inopposable aux salariés quant à leurs propres obligations (Cass. Soc. 15 avril 1992, Bull. Civ. V n° 276). Elle est, au surplus, susceptible d'engendrer pour le salarié, un préjudice dont il sera dû réparation (Cass. Soc. 14 mai 2004, pourvoi 02-44671).

Enfin, la loi ne modifie pas l'obligation de faire figurer sur le bulletin de paie la mention de l'intitulé de la convention collective de branche éventuellement applicable (article R. 143-2-3°) du Code du travail. Le défaut de cette mention constitue une infraction pénale (article R. 154-3 du Code du travail).

6. L'exercice du droit syndical

La protection des syndicalistes

La liste des clauses devant figurer obligatoirement dans les conventions de branche et les accords professionnels pour pouvoir être étendus (article L. 133-5 du Code du travail) a été modifiée par l'article 53 de la loi de la façon suivante :

Le 1°) doit être complété de façon à étendre la protection "au déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions". C'est une redondance avec l'article L.122-45 du Code du travail mais il faudra que les clauses des conventions soient extrêmement précises pour être efficaces et ne pas rester au stade des pétitions de principe.

Ainsi la carrière du salarié ne doit pas subir de restriction motivée par l'activité syndicale. Si tel est le cas, l'atteinte au déroulement normal constituera un élément du préjudice destiné à la réparer.

Egalement, un 2°) est rétabli obligeant la convention de branche à fixer "les conditions d'exercice du mandat de négociation et de représentation au niveau de la branche". Compte tenu des prérogatives et des responsabilités nouvelles des acteurs syndicaux, là aussi des droits substantiels devraient être prévus.

La diffusion électronique des tracts syndicaux

La loi a déterminé les conditions d'accès des syndicats aux nouvelles techniques d'information pour la diffusion de leurs journaux et de leurs tracts dans l'entreprise, mais s'est refusé à assouplir les modalités de distribution « physique » qui restent limitée de façon archaïque aux « heures d'entrée et de sortie ».

Cet accès est subordonné à l'existence d'un accord d'entreprise. Cet accès peut être réalisé de deux façons différentes :

- soit par la création d'un site syndical sur l'intranet de l'entreprise,
- soit par diffusion des informations syndicales sur la messagerie électronique de l'entreprise.

En ce dernier cas, cette diffusion doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et ne pas entraver le fonctionnement du travail. La généralité de ces exigences permettra en réalité de réduire la portée de la faculté ainsi accordée. Le législateur est resté très en deçà de certains accords d'entreprise.

En tout état de cause, l'accès aux moyens de diffusion électronique doit respecter l'égalité entre les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et être ouvert même aux non-signataires conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ses conditions doivent également permettre de sauvegarder la liberté des choix des salariés d'accepter ou de refuser le message syndical ("Action syndicale et TIC", RPDS 2004 p. 325).

7. Une limitation de la garantie de l'AGS

Il s'agit là d'une disposition qui n'a qu'un rapport lointain avec la négocia-

tion et qui a été subrepticement introduite dans la loi.

L'article 57 de la loi ajoute un alinéa à l'article L. 143-11-3 du Code du travail excluant de la couverture de l'AGS les sommes destinées à indemniser le préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique lorsque des sommes résultent d'un accord conclu et déposé dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture ou d'un engagement unilatéral de l'employeur notifié dans ce même délai.

Cette disposition qui crée une sorte de période suspecte à l'encontre de certaines créances salariales est manifestement destinée à concourir à l'équilibre financier de l'AGS, comme la réduction du plafond de garantie par le décret du 10 juillet 2003 (JO du 27-7-2003 ; F. Saramito "L'abaissement du montant maximum de la garantie due par l'AGS" Dr. Ouv. 2003 p.357), mais toujours au détriment des salariés victimes des défaillances patronales.

* **

La loi contient par ailleurs des dispositions novatrices en matière d'accords de groupe ou de conventions d'intéressement dont l'importance et l'intérêt justifient une étude particulière.

JOURNÉES AFDT D'ÉTUDES ET DE DÉCOUVERTE DU PATRIMOINE INDUSTRIEL ET SOCIAL À LILLE-ROUBAIX
26 et 27 novembre 2004

La santé au travail : avancées et turbulences

**Programme
de la journée
de travail du
27 novembre**

- *La médecine du travail*, P. Frimat et M. Dore
- *L'inaptitude médicale et l'emploi : où en est-on ?*, B. Bossu
- *Les problèmes juridiques posés par l'impact des nouvelles technologies sur la santé au travail*, S. Fantoni
Déjeuner sur place
- *Les représentants du personnel et la question de la santé au travail*,
F. Héas, A. Lebleu
- *Regards croisés sur la santé au travail en France et en Belgique*, P-Y. Verkindt.

Inscription auprès de Patrick TILLIE, 36 rue de Thionville, 59000 LILLE - Tél. : 03 20 06 00 95

Coût de l'inscription (doc. et repas inclus) : 40 € (étudiants et chômeurs : 15 €) à l'ordre de l'AFDT

Repas du 26 novembre et hébergement à la charge des participants