

## A la recherche d'une majorité dans la négociation collective

par Francis SARAMITO,

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

Lorsque la loi du 11 février 1950 (1) a remodelé totalement le statut juridique des conventions et accords collectifs de travail, une de ses innovations les plus importantes a concerné la détermination des conditions de leur application aux relations individuelles de travail.

Alors que les régimes législatifs antérieurs subordonnaient en principe celle-ci à l'affiliation simultanée aux groupements signataires des deux parties au contrat de travail, le nouveau texte n'exigeait plus pour rendre conventions et accords applicables que la seule affiliation de l'employeur (ou sa seule acceptation en cas d'accord d'entreprise), peu important que les salariés soient ou non membres des organisations signataires.

Cela résultait de l'introduction dans le Code du Travail d'un article 31 e devenu depuis lors l'article L. 135-2 ainsi libellé :

*"Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui..."*

Les employeurs, s'ils sont tenus de négocier avec tous les syndicats représentatifs, peuvent ne conclure cette négociation qu'avec les seuls syndicats dont ils ont obtenu l'accord, même avec un seul d'entre eux.

Ce système peut entraîner la conclusion de conventions ou d'accords collectifs avec des interlocuteurs salariés ne représentant qu'une minorité du personnel au niveau de la branche ou de l'entreprise, en particulier par le jeu de la représentativité présumée résultant de leur affiliation au niveau national au sens de l'article L.133.2 du Code du Travail.

Ainsi, un groupement d'employeurs ou un employeur peut, en accord avec un syndicat minoritaire, imposer des clauses refusées par la majorité en raison de l'effet "erga omnes" que l'article L. 135.2 attache à l'adhésion patronale.

Cette situation d'une minorité imposant ainsi sa loi à la majorité est manifestement contraire à la démocratie qui inspire normalement le fonctionnement de notre société.

Bien que le patronat eut largement utilisé cette possibilité d'imposer ses vues avec la complicité ou la complaisance de certaines organisations de salariés, les conséquences en étaient cependant limitées en raison du principe énoncé par l'article L. 132.4 qui, après avoir interdit aux conventions et accords collectifs de travail de déroger aux dispositions d'ordre public des lois et règlements en vigueur, autorise cependant une telle dérogation à la condition qu'elle soit plus favorable aux salariés que les dispositions desdits lois et règlements.

Autrement dit, le principe de faveur fait du droit étatique un droit minimum qui ne peut être dégradé par la volonté des partenaires sociaux (2).

Mais la question a pris une importance nouvelle lorsqu'à partir de 1982, la loi a admis la possibilité pour les conventions et accords collectifs de travail de déroger aux dispositions législatives et réglementaires d'ordre public en n'étant pas nécessairement plus favorables, donc en étant virtuellement moins favorables. Cette possibilité exige une disposition légale ou réglementaire pour la prévoir et le domaine de prédilection en est la durée et l'aménagement du temps de travail. Désormais donc, dans certains cas, l'employeur et un syndicat minoritaire pourront péjorer la situation salariale.

C'est pourquoi la loi n° 87-483 du 19 juin 1987 a accordé dans l'article L. 132-26 du Code du Travail aux syndicats majoritaires non signataires la faculté sous certaines conditions de s'opposer à l'entrée en vigueur de l'accord conclu contre leur gré.

A cette première tentative de sauvegarder le principe majoritaire dans la conclusion des conventions et accords collectifs, s'en est ajouté ultérieurement d'autres concernant des situations dans lesquelles n'était pas en cause la violation du principe de faveur mais qui étaient susceptibles d'entraîner des conséquences défavorables pour les salariés.

(1) Loi n° 50-25 du 11 février 1950 (JO 12 février 1950) Droit Ouvrier 1950 p. 164.

(2) Une seconde hiérarchie existe dans les relations entre conventions et accords collectifs. Elle résulte de la combinaison des

articles L. 132-13 et L. 132-23 du Code du Travail aux termes desquels les dispositions d'une convention ou d'un accord ne peuvent être plus défavorables que celles des conventions ou accords ayant un champ territorial ou professionnel plus large.

En premier lieu, sans descendre au dessous du droit plancher résultant du Code du Travail (en particulier lorsque la dérogation n'est pas autorisée par la loi ou le règlement), l'accord collectif peut à l'occasion d'une révision, réduire ou supprimer des avantages conventionnels antérieurs. Une telle suppression ou réduction sera éventuellement imposée par une représentation salariale minoritaire.

Pour pallier cette conséquence, la Cour de Cassation avait, dans un arrêt du 9 mars 1989 (3) posé le principe que pour être opposable aux salariés un avenant devrait être conclu par toutes les organisations syndicales signataires de la convention ou de l'accord initial. De la sorte, une minorité ne pouvait imposer un avenant réducteur d'avantages refusé par les autres organisations syndicales.

Cette solution provoqua des critiques aux motifs qu'elle était de nature à bloquer toute modification des conventions et accords collectifs et par suite à paralyser la négociation (4). Ces réactions négatives entraînaient l'intervention du législateur. La loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 modifiait par conséquent l'article 132-7 du Code du Travail pour préciser que l'avenant de révision pouvait être signé par une ou plusieurs organisations syndicales sans qu'il soit nécessaire que ce soit toutes celles ayant conclu la convention d'origine, mais en ménageant pour les non signataires de l'avenant un droit d'opposition calqué sur celui de l'article L. 132-26.

Enfin l'instauration des 35 heures, par la voie d'une réduction "négociée" du temps de travail entraînant par conséquent la négociation et la multiplication de conventions et d'accords, ne pouvait manquer de reposer le problème de l'opposition minoritaires - majoritaires dans un domaine particulièrement sensible puisqu'il est un élément essentiel de la vie quotidienne des salariés.

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 a donc, dans son article 19, prévu des dispositions destinées à faire respecter le principe majoritaire suivant des formules diverses mais qui ne font plus appel à la notion de droit d'opposition. (5)

Le caractère majoritaire des organisations syndicales signataires n'est pas en lui-même un élément de légitimité de la convention ou de l'accord, mais il devient une condition d'ouverture du droit de l'employeur aux allègements de charges sociales prévus par la loi lorsque la mise en place des 35 heures s'accompagne du maintien ou de la création d'emplois.

L'accord peut entrer en vigueur, mais l'absence d'influence majoritaire des organisations signataires comporte une sanction pécuniaire pour l'employeur. Ce n'est que lorsque l'accord sera conclu du côté des salariés, non par un délégué syndical mais par un mandataire ou un délégué du personnel que sera en cause, à défaut de majorité exprimée par le personnel, sa validité.

Ainsi, la préservation du principe majoritaire a donné lieu à l'essai de plusieurs procédures relevant jusqu'à présent de deux techniques. Elles ont le trait commun de recouvrir un domaine limité (I). Par contre, elles différencient quant au critère de détermination de la majorité de légitimation (II) et quant aux conséquences de l'absence d'une telle majorité (III).

## I

### DES PROCÉDURES D'APPLICATION LIMITÉE

Dans toute la gamme possible des conventions et accords collectifs, les procédures ci-dessus ne concernent pas n'importe quel accord. Elles ne s'appliquent qu'aux accords d'entreprise et encore pas à tous.

#### a) Exclusivement les accords d'entreprise ou d'établissement.

Il suffit de se reporter aux textes.

L'opposition de l'article L. 132-7 vise "une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement", de même que celle de l'article L. 132.26. L'article 19 de la loi du 19 janvier 2000, dans son § II limite ses dis-

positions aux accords collectifs d'entreprise ou d'établissement.

Cela ne signifie pas que l'exigence d'une influence majoritaire légitimant pour les organisations de salariés la représentation qu'elles assurent de ceux-ci en tant que signataires, ne concernent pas les accords de branche, ou professionnels, ou interprofessionnels. Les problèmes soulevés à cet égard par le renouvellement de l'accord interprofessionnel sur l'assurance chômage en portent témoignage (6).

Sans doute le législateur y a-t-il consacré quelques textes dont la timidité démontre une hésitation certaine

(3) Cour de Cassation (Ch. soc.) 9 mars 1989 Basirico c/ Montenay - Droit Ouvrier 1989 p. 359, note Paul Bouaziz confirmé par l'arrêt d'Assemblée plénière du 20 mars 1992 - Bull. civ. V n° 3.

(4) Critiques émanant de côtés divers : Jean Roche, conseiller de la présidence de l'UIMM, Droit Social 1992 p. 680 - Pierre Lanquetin - Syndicalisme Hebdo, 1er février 1990 p. 14, col. 2.

(5) Sur l'ensemble des dispositions de la loi, voir Michel Miné : Négocier la réduction du temps de travail, 2e édition - VO-Éditions / Les Éditions de l'Atelier - également numéros spéciaux de la RPDS.

(6) Le projet d'accord soumis à l'agrément ministériel n'est signé que par des organisations syndicales représentant moins de 30% des suffrages exprimés aux élections prud'homales de 1997.

à mettre en difficulté des organisations syndicales reconnues théoriquement représentatives au plan national, risque de moindre ampleur au niveau de l'entreprise.

C'est ainsi que les articles L. 132.7 et L. 132.26 du Code du Travail prévoit à leur égard des possibilités d'opposition de la part des non signataires sans portée véritable.

Au regard d'un avenant, d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, l'article L. 132-7 dispose que l'opposition des non signataires "ne peut produire effet que lorsqu'elle émane de la majorité des organisations syndicales" de salariés. Il est bien évident que plusieurs signataires de l'avenant constituant à eux tous une minorité peuvent cependant priver de tout effet l'opposition de non signataires insuffisamment nombreux pour constituer une majorité d'organisations.

De son côté, l'article L. 133.11 du Code du Travail envisage bien une possibilité d'opposition à la procédure d'extension. Mais cette opposition doit émaner de deux organisations syndicales représentatives et n'oblige le Ministre du Travail qu'à provoquer une seconde consultation de la Commission Nationale des Conventions Collectives sur le texte soumis à la procédure.

#### **b) Mais pas tous les accords d'entreprise ou d'établissement.**

De la multitude des conventions ou accords qui peuvent naître au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, les procédures destinées à la sauvegarde du principe majoritaires n'en concernent que trois catégories, celles définies par les textes, dans les cas suivants :

##### 1. Les accords dérogatoires (7)

L'article L. 132-26 les définit comme "*comportant des clauses qui dérogent à des dispositions législatives ou réglementaires lorsque lesdites dispositions l'autorisent*".

L'accord doit donc déroger à un principe édicté par une loi ou un règlement qui au surplus autorise cette dérogation. Un premier texte admet de façon générale une telle faculté de déroger aux sources étatiques. Il s'agit de l'article L. 132-4 du Code du Travail qui, dans sa première phrase, indique "*la convention ou l'accord*

*collectif de travail peut comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois ou règlements en vigueur*". Si une disposition particulière admet la faculté de déroger, ce ne pourra donc être que dans un sens défavorable au salarié, la dérogation "in melius" étant de droit. Cela explique la nécessité de l'habilitation préalable par un texte et la création d'un droit d'opposition.

Ceci étant, l'accord dérogatoire qui est contraire à un texte législatif ou réglementaire doit être distingué de l'accord portant application de ce même texte en respectant l'esprit et la lettre.

C'est ainsi que l'article L. 212.2 du Code du Travail ouvre aux conventions et accords la faculté de prévoir d'autres modalités que celles figurant dans les décrets d'application de la durée hebdomadaire de travail relativement à l'aménagement et à la répartition des horaires de travail à l'intérieur de la semaine, aux périodes de repos, aux conditions de recours aux astreintes ainsi qu'aux modalités de récupération des heures de travail perdues. Dans la mesure où ces modalités ne remettent pas en cause le principe de la durée maximale hebdomadaire de travail, on n'est pas en présence de dérogations.

Le problème de la distinction entre modalités d'application et dérogations s'est posé avec acuité à propos des accords substituant à la durée hebdomadaire une durée annuelle de travail. Le principe légal étant celui de la limitation hebdomadaire de la durée du travail, la variation de cette durée sur tout ou partie de l'année dans le cadre d'une convention ou accord d'aménagement du temps de travail peut donc, avec quelque légitimité, apparaître comme un accord dérogeant à ce principe de base.

M. Chalaron indique clairement à cet égard : "*toute modulation de l'horaire de travail déroge nécessairement à une norme dont rien indique qu'elle a cessé d'être d'ordre public - celle de l'horaire collectif hebdomadaire non variable en principe - norme qui certes n'est pas exprimée dans toute sa généralité mais qui s'induit tant de l'histoire de la législation que de plusieurs textes particuliers qui l'impliquent et qui constituent encore, opportune ou non, le pivot du droit positif en la matière*". (8)

(7) Voir sur les accords dérogatoires en général :

- Fabrice Bocquillon - La dérogation en droit du travail - thèse 99 Strasbourg - à paraître aux éditions LGDJ
- Jean-Pierre Chauchard - Encyclopédie Dalloz Travail - Conventions et accords collectifs de travail (régime juridique) n° 229 à 243.
- Jean Emmanuel Ray : Les accords sur le temps de travail - Droit Social - janvier 1988 p. 99
- Francis Saramito : Les accords dérogatoires - Le Droit Ouvrier 1990 p. 253

- Yves Chalaron : L'accord dérogatoire en matière de temps de travail - Droit Social - avril 1998 p. 355

- également in hors série 1994 à Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

- Le concept de dérogation en droit du travail par Alain Sauret p. 35

- Accord dérogatoire et contrat de travail par Michel Morand p. 41

(8) Yves Chalaron, op. cit. note (7) p. 361.

La question demeurerait cependant discutée en doctrine (9) et donnait lieu à une jurisprudence contradictoire (10). La discussion était cependant close, dans le sens de la nature dérogoire de l'accord faisant varier la durée du travail dans l'année, par le législateur qui l'a fait figurer dans la liste de ceux soumis éventuellement au droit d'opposition (11).

Un problème de même nature s'est posé dans les relations entre l'accord d'entreprise et les conventions de branche. En effet, lorsque le régime de la durée du travail aura été négocié d'abord au niveau de la branche, la convention qui en sera issue pourra comporter des dérogations au sens de l'article L. 132.26, dérogations qui seront mises ensuite en œuvre par voie d'accords dans chaque entreprise ou établissement. S'agira-t-il alors d'accords dérogoires ou d'accords précisant les modalités d'application d'un principe déjà édicté au niveau conventionnel supérieur ?

Suivant le sens de la réponse, l'accord d'entreprise sera soumis ou non au droit d'opposition puisque par définition la convention de branche y échappe.

La solution positive peut apparaître logique dans la mesure où c'est l'accord d'entreprise qui mettra en œuvre directement la dérogation dans des conditions concrètes. Au surplus, il suffirait au patronat d'utiliser la formule du " double niveau de négociation " dans les conventions de branche pour éviter de se trouver exposé à l'exercice du droit d'opposition.

C'est cependant la solution négative qui a été adoptée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 12 décembre 1990 (12) qui rejette l'opposition formée contre un accord d'entreprise au motif qu'il se bornait à mettre en œuvre le principe adopté par la convention de branche.

Si l'on peut à la limite admettre que lorsque le double niveau de négociation est prévu par le législateur, il correspond pour celui-ci à un souci d'uniformiser la situation des entreprises, cette solution apparaît contestable lorsque ce double niveau résulte d'une convention de branche conclue par des syndicats essentiellement minoritaires. En ce cas, le droit d'opposition à l'accord d'entreprise devrait être préservé pour éviter qu'un droit d'ordre public soit annulé par la voie conventionnelle (13).

## 2. Les accords réducteurs d'avantages conventionnels antérieurs (14)

La réduction d'avantages susceptibles de déclencher le droit d'opposition de l'article L. 132-7 du Code du Travail doit intervenir à l'occasion de la révision d'un accord antérieur. Aux termes de ce texte, il s'agit des avenants de révision " *qui réduisent ou suppriment un ou plusieurs avantages individuels ou collectifs dont bénéficient les salariés en application de la convention ou de l'accord qui les fondent* ".

Il s'agit donc là d'une catégorie bien particulière d'accords d'entreprise : ceux qui se greffent en tant qu'avenants modificatifs sur un texte conventionnel antérieur. Faut-il encore que la modification apportée consacre la réduction ou la suppression d'un avantage prévu par ce dernier. Une modification qui n'aurait pas cette portée, soit parce qu'elle améliore l'avantage initial soit parce qu'elle crée un avantage nouveau, sort des prévisions de l'article L. 132-7.

On retrouve là en filigrane le principe de faveur : la réduction ou la suppression d'avantages est jugée défavorable aux salariés d'où la nécessité d'éviter qu'elle soit imposée par une minorité syndicale de connivence avec l'employeur.

Ceci étant, les accords concernés doivent être distingués tout d'abord comme pour les accords dérogoires des accords destinés à appliquer des dispositions conventionnelles de niveau supérieur. On se trouve alors en présence d'accords d'adaptation au sens de l'article L. 132-23 du Code du Travail destinés à adapter les conventions de branche, les accords professionnels ou interprofessionnels aux conditions particulières de l'entreprise ou de l'établissement auxquels ils s'appliquent. Par définition, les accords d'adaptation ne sauraient supprimer ou réduire les avantages résultant des textes conventionnels qu'ils ont pour objet d'adapter. Selon l'article L. 132-23, ils peuvent seulement comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés.

Il en est de même des accords dits " de substitution " qui sont destinés à remplacer les conventions ou accords dénoncés dans le cadre du cinquième alinéa de l'article L. 132-8 du Code du Travail. Un tel accord n'a pas la nature d'un avenant à une convention

(9) En sens inverse, il était soutenu que l'annualisation étant implicitement reconnu par la loi comme un autre mode normal d'aménagement de la durée du travail, un choix était ainsi ouvert entre une durée hebdomadaire ou une durée variable sur l'année. L'accord de modulation ne constituait donc qu'une modalité d'application de la seconde branche de l'alternative et non une dérogation du principe de l'hebdomadairité. (Laurent Marquet de Vasselot : "La représentativité syndicale, la dérogation de la loi et l'emploi" RJS 1996 p. 563 - "Annualisation de la durée du travail et droit d'opposition" RJS 1994 p. 799). Cette analyse avait par ailleurs rencontré l'agrément du Conseil d'Etat dans un arrêt du 13 mai 1987 n° 2383, Syndicat National de la Petite et Moyenne Industrie c/ Ministre du Travail).

(10) Dans le sens de la nature dérogoire de l'accord : TGI Paris

27 février 1996, Droit Ouvrier 1997 p. 32, en sens contraire TGI Lille 31 octobre 1996 RJS 1996 n° 1296.

(11) Texte de l'article L. 212.9 Code du Travail résultant de la loi du 19 juin 1987 y incluant la modulation de type 1. Aujourd'hui, l'article L. 212.10 soumettant au droit d'opposition tous les accords d'entreprise prévus par l'article L. 212.8.

(12) Droit Ouvrier 1991 p. 424, note Roger Pascre.

(13) En ce sens Yves Chalaron, op. cit note (7) p. 369 - également Cour d'Appel de Chambéry 15 avril 1989 - Droit Ouvrier 1989 p. 409 note Paul Darves-Bornoz

(14) Voir sur les accords réducteurs d'avantages antérieurs : "La révision des conventions et accords collectifs de l'inopposabilité à l'opposition" par Pierre Soulier - hors série 1994 à Droit du Travail et de la Sécurité Sociale p. 47.

maintenue en vigueur mais celle d'une convention nouvelle entièrement distincte de la précédente. Il peut comporter d'autres signataires et son entrée en vigueur ne peut être retardée ou suspendue par un droit d'opposition qui ne les concerne pas, même s'il est plus défavorable que le texte dénoncé.

### 3. Les accords de réduction du temps de travail.

Tous les accords de réduction du temps de travail au sein des entreprises ne sont pas concernés par les mesures de sauvegarde du principe majoritaire avant leur conclusion.

Seuls sont en cause ceux qui, conformément aux prévisions de l'article 19 de la loi 2000-37 du 19 janvier 2000 dans son § II, ont sans doute pour objet de fixer la durée collective du travail au plus à 35 heures hebdomadaires, mais qui, en contrepartie d'un engagement de l'entreprise de créer ou préserver un emploi, permettent à celle-ci de bénéficier d'un allègement des cotisations sociales (15).

Pour ouvrir droit à cet allègement, la durée collective du travail doit être fixée dans le cadre d'un accord d'entreprise dont le contenu doit répondre aux dispositions des § III et IV de l'article 19 et être signé par des syndicats majoritaires ou approuvé par la majorité du

personnel dans les conditions fixées par les § V, VI, VII, VIII.

Il résulte de ces conditions qu'échapperont à l'exigence de signataires majoritaires les accords ne donnant pas lieu au bénéfice de l'allègement des cotisations sociales parce qu'ils ne les remplissent pas. Y échapperont également les accords conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2000. Enfin, des entreprises pourront trouver plus d'avantages à des réductions d'effectifs qu'à des allègements de charges fondés sur le maintien ou la création d'emplois.

Il convient, par ailleurs, d'observer que les accords de réduction du temps de travail pourront être aussi des accords dérogatoires (ils le seront souvent quand ils opteront par exemple pour la variation annuelle de la durée du travail). Ils pourront également être des avenants réducteurs d'accords antérieurs. Dans ces hypothèses, ils seront, en outre, passibles du droit d'opposition des articles L. 132-27 et L. 132-6 du Code du Travail.

Ce dualisme des procédés tendant à assurer le respect du principe majoritaire peut comporter des effets cumulatifs ou de substitution qui seront examinés ci-après (III).

## II

### Des critères différents de détermination de la majorité de référence

Si une majorité d'influence est nécessaire pour légitimer la conclusion d'un accord collectif par une organisation syndicale de salariés dans les situations ci-dessus évoquées, le problème sera de savoir quelle doit être cette majorité et comment elle sera évaluée.

La réponse à cette question va varier suivant les textes en cause. Deux méthodes sont mises en oeuvre : soit la prise en compte de l'influence électorale des organisations syndicales, soit le recours au suffrage des salariés appelés à se prononcer sur le texte de l'accord. Autrement dit, on passe alors à la démocratie directe par opposition à la démocratie représentative.

#### a) La démocratie représentative

La représentativité reconnue aux organisations syndicales par application des critères de l'article L. 133-2 du Code du Travail fait présumer leur aptitude à être les porte-parole des salariés dans la défense de leurs intérêts. Mais en ce qui concerne la négociation collective, en négociant et concluant des conventions et accords, elles exercent une fonction "normative" qui, ainsi que

l'a justement fait remarquer Jean Maurice Verdier, "conduit à l'engagement juridique des personnes représentées" (16). Elle pose alors le problème de l'expression de la volonté de ces dernières et de leur représentation par les organisations signataires. L'adéquation entre la représentativité et cette représentation suppose donc que l'accord est conforme à l'opinion majoritaire du personnel auquel il va s'appliquer.

Ce n'est que dans la mesure où les organisations signataires pourront se prévaloir d'une telle opinion majoritaire que la représentation assurée par elle sera légitime (17).

Cette coïncidence entre représentation et opinion majoritaire des représentés peut être obtenue soit par la signature de la totalité des organisations représentatives, soit par la référence à l'influence électorale des signataires au sein de l'entreprise.

#### 1. L'exigence de l'unanimité des organisations syndicales

Si la convention ou l'accord est signé par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entre-

(15) Voir Jean Savatier : "La création ou la préservation d'emploi, condition de l'allègement des charges sociales dans la loi du 19 janvier 2000", Droit Social 2000 p. 478.

(16) Jean Maurice Verdier : "Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions)", Droit Social 1991 p. 5.

(17) Cette adéquation entre représentativité et effectivité de la représentation a fait l'objet de nombreuses études. Outre celle de Jean Maurice Verdier précitée, on peut consulter avec intérêt : - Georges Borenfreund : "Propos sur la représentativité syndicale" - Droit Social 1988 p. 476 - "La représentation des salariés et l'idée de représentation" - Droit Social 1991 p. 685. ⇨

prise ou l'établissement, il est à présumer que cette unanimité correspond bien à une représentation réelle de l'intérêt des salariés représentés, sauf si elles ont une très faible influence électorale.

Cette absence de partage entre une majorité et une minorité sera toutefois difficile à réaliser dans les faits en raison du pluralisme syndical propre à notre paysage social. Ce n'est que rarement qu'elle naîtra spontanément.

C'est sans doute pour éviter un blocage de la négociation collective que le législateur n'a imposé l'exigence d'une telle unanimité que dans les cas extrêmement limités. Elle apparaît essentiellement en matière électorale : pour la conclusion de l'accord préélectoral (articles L. 423-13, L. 433-13 du Code du Travail). A défaut, c'est au juge d'instance qu'il appartient d'arrêter les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales.

## 2. La détermination de l'influence électorale des organisations syndicales.

La difficulté de réaliser ou d'imposer l'unanimité dans la conclusion de la négociation collective a entraîné la recherche de la légitimité de la représentation en fonction de l'influence électorale des signataires, la validité de l'accord nécessitant l'existence d'une majorité électorale chez les signataires. Mais cette majorité doit elle être calculée à partir du nombre des inscrits ou à partir de celui des votants. Les deux modes de calcul sont utilisés suivant les accords concernés.

### *La majorité des inscrits.*

C'est la mesure de l'influence électorale qui a été retenue par le législateur pour les accords dérogatoires et les accords réducteurs d'avantages conventionnels antérieurs (articles L. 132-26 et L. 132-7 du Code du Travail). L'exigence ne concerne que de façon indirecte les signataires. La condition doit être remplie par les non signataires pour leur permettre de s'opposer à l'entrée en vigueur de l'accord, ce qui implique bien évidemment que le droit d'opposition ne pourra s'exercer si ce sont les signataires qui la remplissent.

Selon les textes, pour pouvoir s'opposer, les non signataires doivent "avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections

*du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel".*

C'est là une condition difficile à remplir car, en réalité, compte tenu du volant d'abstentions inévitable, la majorité des inscrits représente 70 à 80% des votants.

Cette condition restrictive est encore aggravée par l'instauration d'un court délai pour former opposition : huit jours à compter de la signature de l'accord alors que rien n'est prévu pour que cette date soit portée à la connaissance des syndicats non signataires. L'opposition doit en outre être écrite et motivée. Elle doit enfin, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, être notifiée par et à des personnes rigoureusement déterminées (18).

Le droit d'opposition apparaît donc d'un maniement peu aisé et son utilisation demeure faible en pratique.

On doit signaler cependant une évolution jurisprudentielle tendant à atténuer cette rigueur dans une légère mesure.

D'une part pour l'appréciation du pourcentage des inscrits, il a été jugé qu'il fallait s'en tenir aux résultats du premier tour et aux suffrages recueillis par les seuls candidats titulaires, ce qui comporte un effet simplificateur en écartant toute idée de moyenne entre les résultats des deux tours et les suffrages recueillis par les titulaires et les suppléants (19).

D'autre part, la Cour de Cassation a indiqué que la motivation exigée par les textes ne consistait pas dans l'exposé et la justification des raisons de l'opposition mais dans le simple énoncé du texte auquel l'accord déroge (20).

Ces décisions sont intervenues à l'occasion d'accords dérogatoires. Mais compte tenu de l'identité des termes des articles L. 132-26 et L. 132-7, on peut estimer qu'elles concernent également les accords réducteurs d'avantages conventionnels antérieurs (21).

### *La majorité des votants.*

Les critiques adressées à la prise en compte de la majorité des inscrits en raison de la restriction importante qu'elle apporte aux possibilités d'exercice du droit d'opposition a amené le législateur dans l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000 à adopter comme critère pour les accords de réduction du temps de travail celui de la majorité des votants pour lequel s'étaient prononcées

- Patrick Rémy : "Représentation dans la négociation collective. Les limites du principe majoritaire" Droit Ouvrier 1999 p. 269. La CGT a émis plusieurs propositions pour démocratiser la négociation collective et mesurer la représentativité. Voir le Peuple n° 1504 du 9/06/99 "Négociation collective, démocratie, représentativité : les propositions de la CGT", le Peuple n° 1505 du 23/06/99 "Représentativité et démocratie", Peuple n° 1529 du 14/06/2000 - PJ Rozet "Règles de négociation et de représentativité" - Egalement, l'article de B. Thibault "Pour une conception neuve de la représentation syndicale" le Monde du 10 septembre 1999.

(18) Les personnes physiques qui notifient l'opposition doivent avoir reçu un mandat express à cet effet (arrêt du 20 mars 1996 - Droit Ouvrier 1996 p. 462). Il ne suffit pas d'être adhérent ou représentant du personnel. Quant aux destinataires de l'opposition, ce ne peut être que les personnes morales signataires de l'accord et non d'autres structures de la même confédération (arrêt 9 février 1994 - Droit Ouvrier 1994, p. 244).

(19) Cass. Soc. 18 novembre 1998 - Droit Ouvrier 1999 p. 225.

(20) Cass. Soc. 13 juillet 1999 - Droit Ouvrier 1999 p. 462.

(21) Mutatis mutandis pour l'article L. 132-7 la motivation de l'opposition sera d'énoncer la disposition conventionnelle antérieure qui aura été supprimée ou réduite et, dans cette dernière hypothèse la nature de la réduction opérée par l'avenant.

depuis longtemps les organisations syndicales de salariés et notamment la CGT.

Il y a sans doute été incité par l'effet moins radical que comportait dans le système mis en place à cette occasion l'absence de majorité, celle-ci se bornant à une sanction pécuniaire : priver l'entreprise du bénéfice de allègement des charges sociales prévu au § I de l'article 19. L'accord restant valable dans les relations entre partenaires sociaux, il ne pouvait être reproché à la loi de porter atteinte à la liberté de négociation "au détriment des minoritaires" (sic) ce qui continue à leur permettre d'imposer leur volonté à la majorité.

Ce recours à la majorité des votants fait l'objet du § V de l'article 19; il concerne les entreprises dans lesquelles existent des organisations syndicales structurées et où la négociation sera menée par un délégué syndical ou un délégué du personnel désigné comme tel. Les organisations signataires doivent avoir "recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel" ; Le texte reprend, par ailleurs, les principes jurisprudentiels énoncés pour le droit d'opposition par la Cour de Cassation (22) en indiquant "lorsque le quorum a été atteint au premier tour des élections, le nombre de voix à prendre en compte est le total de celles recueillies par les candidats titulaires lors de ce tour".

Il est à noter que ce sera à l'employeur, candidat à allègement, qu'il appartiendra de démontrer que l'accord de réduction du temps de travail à l'occasion duquel il le demande a été conclu avec des syndicats majoritaires alors que c'est au contraire en matière d'opposition aux syndicats opposants d'apporter la preuve qu'ils remplissent les conditions de majorité exigées par les textes applicables.

#### **b) La démocratie directe : la consultation du personnel.**

À côté du principe de la signature de l'accord par des organisations syndicales majoritaires, l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000 institutionnalise en matière de réduction du temps de travail la consultation du personnel qui sera, suivant le cas, facultative ou obligatoire.

Le recours au référendum, sans être une nouveauté, n'est organisé par notre droit que dans certains cas particuliers peu nombreux. Il ne comporte aucun statut juridique de portée générale. On peut citer l'utilisation à titre exceptionnel de cette pratique en matière de participation (23), d'intéressement (24), de mise en place d'horaires individualisés (25), de régime complémentaire de retraite (26).

Cette réticence du droit français vis-à-vis du référendum tient à la priorité qu'il accorde dans les relations sociales à la représentation collective par les organisations syndicales sur l'expression individuelle de la volonté du salarié en fonction de l'adage "l'union fait la force", le patronat de son côté préférant avoir affaire à un interlocuteur moins aléatoire ou à des interlocuteurs peu nombreux.

Il en est résulté une attitude de méfiance au regard de la consultation du personnel de la part des organisations syndicales ou patronales en fonction des circonstances et suivant qu'elle était susceptible d'appuyer le point de vue des uns ou des autres.

Lorsque la consultation du personnel n'est pas imposée par la loi, les organisations de salariés soupçonneront les initiatives patronales d'être dirigée contre elles et d'être des manoeuvres de contournement de la loi ou des institutions représentatives du personnel, ce qu'elles seront souvent. Cependant, elles pourront, elles aussi, organiser une consultation du personnel pour connaître l'opinion de leurs mandants sur le contenu d'une négociation avant la signature de l'accord; mais en ce cas, la méfiance sera du côté des employeurs qui tenteront d'empêcher la consultation si elle risque de tourner à leur désavantage (27).

Quoi qu'il en soit, l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000 ajoute une nouvelle hypothèse de consultation du personnel à la liste de celles qui sont prévues ou imposées par la loi telle qu'elle a été énoncée ci-dessus.

La réduction du temps de travail étant génératrice d'accords dans toutes les entreprises, la loi a nuancé l'utilisation du référendum suivant la nature de la représentation syndicale, et suivant la taille de celles-ci, conformément aux modalités énoncées dans les § V, VI, VII et VIII de l'article 19, complétées par les dispositions

(22) Voir ci-dessus p. 433 et la note 19.

(23) article L. 442-10 du Code du Travail.

(24) article L. 441-1 du Code du Travail

(25) article L. 212-4-1 du Code du Travail.

(26) article L. 491-1 du Code de la Sécurité Sociale.

(27) Sur le référendum, voir :

- les études antérieures à la loi du 19 janvier 2000 :
  - Jean Grimaldi d'Esdra "Nature et régime juridiques du référendum en droit social" - Droit Social 1994 p. 397
  - Bernard Gauriau "Le référendum, un préalable nécessaire" - Droit Social 1998 p. 338

- Daniel Boulmier "Le référendum dans les relations de travail" - mémoire de DEA droit social et droit syndical Université de Paris X Nanterre - 1995.

- Virginie Vaudeschamps et Joëlle Malberg "Le référendum et la négociation collective" - mémoire de DEA droit social et droit syndical - Université Paris X Nanterre - 1997.

• Commentaires de l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000 :
 

- Bernard Gauriau "Le référendum et les accords "Aubry II" " - Droit social 2000 p. 311

- Mélanie Carles et Laurent Millet : La consultation des salariés en cas de réduction du temps de travail, RPDS n° 661, août 2000 p. 239.

réglementaires du décret n° 2000-113 du 9 février 2000 (28).

Suivant les hypothèses, la consultation sera facultative ou obligatoire.

#### **La consultation facultative**

Celle-ci est prévue dans les entreprises pourvues d'un délégué syndical, c'est-à-dire de plus de 50 salariés et dans lesquelles l'accord, pour ouvrir droit au bénéfice de l'allègement des charges sociales, doit avoir été signé par des syndicats majoritaires. Il en est de même lorsque, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, un délégué du personnel a été désigné comme délégué syndical dans les conditions prévues à l'article L. 412-11, quatrième alinéa, du Code du Travail.

Si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire si les signataires de l'accord ne peuvent se prévaloir de la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles, ils peuvent provoquer une consultation du personnel destinée à faire approuver par celui-ci le texte de l'accord. Si ce texte donne lieu à un avis favorable à la majorité des suffrages exprimés le bénéfice de l'allègement des charges sociales sera ouvert à l'entreprise.

Cette consultation ne peut cependant pas être d'initiative patronale, la loi précisant qu'elle est organisée "à la demande d'une ou plusieurs des organisations syndicales signataires" (29). Le texte soumis au référendum doit être le texte définitif de l'accord tel qu'il sera signé si le résultat du scrutin lui est favorable. Il ne peut s'agir d'un simple projet ou d'un relevé de conclusions de la négociation.

Lorsque la consultation a lieu après la signature de l'accord et en cas de rejet par le personnel, toute possibilité d'allègement est supprimée. Mais au surplus, il sera bien difficile d'imposer l'application de l'accord au personnel, ce qui entraînera inévitablement sa renégociation. Par ailleurs, la demande de consultation doit être faite par écrit par les organisations qui la sollicitent dans un délai maximal de 8 jours après la signature.

#### **La consultation obligatoire**

L'obligation de consulter le personnel concerne les entreprises dans lesquelles la faiblesse ou l'absence d'implantation syndicale ne permet pas d'organiser une négociation collective au sens de l'article L. 132-2 du Code du Travail.

A défaut d'une représentation possible des salariés par un organe légal apte à négocier : délégué syndical ou délégué du personnel désigné comme délégué syndical, il est fait directement appel à leur opinion.

L'article 19 distingue plusieurs hypothèses, dans ses §§ VI et VII en fonction de la nature de la représentation salariale.

L'employeur qui entend négocier un accord portant sur la réduction du temps de travail doit, faute d'un interlocuteur dans l'entreprise, en informer au plan départemental ou local les organisations représentatives de salariés. Deux situations peuvent alors se présenter.

L'article 19 autorise, tout d'abord, dans son § VI, les organisations syndicales ainsi contactées à mandater un salarié de l'entreprise pour négocier l'accord en leur nom. Il précise à cet égard le statut du mandataire (crédit d'heures, protection) ainsi que le contenu des relations avec l'organisation mandante (mandat écrit précisant les termes de la négociation confiée au mandataire, obligation d'information et de communication des projets d'accord, possibilité de révocation du mandat, etc...) (30).

L'accord signé par le salarié mandaté doit être approuvé par le personnel de l'entreprise à la majorité des suffrages exprimés. Il est communiqué au Comité départemental de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi.

En second lieu, le § VII accorde, dans les entreprises de moins de cinquante salariés et lorsque la réduction du temps de travail n'a pas été réglée à un niveau supérieur à l'entreprise (convention ou accord de branche étendu ou agréé), aux délégués du personnel le pouvoir de négocier à cette fin un accord d'entreprise dès lors qu'aucun salarié n'a été mandaté dans le délai de deux mois suivant la notification patronale de son intention d'engager des négociations.

Ici aussi l'accord, pour ouvrir droit à allègement des charges sociales, doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Il doit, en outre, être validé, lorsqu'elle existe, par une commission paritaire nationale de branche ou par une commission paritaire locale mise en place dans les conditions prévues à l'article L. 132-30 du Code du Travail. La validation devrait

(28) Décret n° 2000-113 du 9 février 2000 relatif à la consultation des salariés instaurée par l'article 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JO 13 février 2000) - circulaire du 3 mars 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail - fiche n° 35 consultation des salariés.

(29) Le texte de l'article 19 emploie l'expression "organisations syndicales signataires" de l'accord pour désigner les demandeurs à la consultation, bien qu'il ne puisse en exister lorsque celle-ci intervient "préalablement à sa conclusion". Il aurait été préférable

d'utiliser en ce cas l'expression d'organisations syndicales "disposées à la signature". Quoi qu'il en soit, cette maladresse rédactionnelle ne saurait impliquer qu'il ne pourrait y avoir de consultation préalable. La circulaire du 3 mars 2000 utilise dans sa fiche 35 les termes "d'organisations syndicales participant à la négociation de l'accord".

(30) Sur le mandat et son contenu, voir la RPDS n° 657-658 de janvier/février 2000 p. 36 à 40. Egalement circulaire du 3 mars 2000, fiche 34.



là aussi logiquement recueillir l'avis conforme de la majorité des membres représentant les syndicats.

Aux termes du § VIII, dans les entreprises de moins de onze salariés où il n'existe pas de délégués du personnel par définition, et lorsque la réduction du temps de travail n'a pas été réglée à un niveau supérieur à l'entreprise, l'employeur peut, si dans le délai de deux mois de l'information donnée aux organisations syndicales de son intention de négocier, aucun salarié n'a été mandaté, soumettre à la consultation de son personnel ses propositions concernant la réduction du temps de travail.

Ces propositions doivent être approuvées par celui-ci à la majorité des suffrages exprimés et validées par une commission paritaire de la même façon que les accords négociés par les délégués du personnel.

Cette facilité accordée aux petits employeurs d'éviter toute négociation par une consultation directe de leur personnel, ce qui risque de se traduire dans les faits par l'expression du seul point de vue patronal, ne leur est ouverte qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2002. En tout état de cause, elle ne les dispense pas, dès à présent, de notifier leur intention de négocier la réduction du temps de travail aux organisations syndicales de salariés au plan départemental ou local. En effet, c'est cette notification qui permet le mandatement d'un salarié qui, lui, est indépendant de la taille de l'entreprise.

#### **Dispositions communes**

Dans tous les cas, si l'initiative de la consultation échappe à l'employeur, soit qu'elle appartienne aux organisations syndicales, soit qu'elle soit imposée par la loi, c'est à celui-ci qu'incombe l'organisation matérielle du scrutin.

Ces modalités font l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales. Il peut être partie intégrante du document soumis à la consultation ou, si tel n'est pas le cas, prendre la forme d'un protocole préélectoral (31). En tout état de cause, il doit respecter les principes généraux du droit électoral.

Les modalités du scrutin sur lesquelles aucun accord n'a pu se faire (ce qui doit être constaté dans un procès-verbal), sont arrêtées dans les conditions prévues en matière de comité d'entreprise par le troisième alinéa de l'article L. 433-9 du Code du Travail, c'est-à-dire qu'elles seront fixées par le juge d'instance statuant en dernier ressort en la forme des référés. Si le tribunal d'instance n'est pas saisi dans un délai de huit jours à compter du procès-verbal de désaccord, c'est l'employeur qui décidera directement des modalités du scrutin.

Les contestations portant sur la régularité des opérations électorales, après leur déroulement, ne sont par contre pas envisagées ni à l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000, ni par le décret 2000-113 du 9 février. La circulaire du 3 mars 2000 semble leur étendre dans sa fiche 34 les dispositions concernant les élections aux comités d'entreprise (articles L. 433-11 et R. 433-9 du Code du Travail) bien qu'une telle détermination ne soit pas de sa compétence. La solution apparaît logique mais c'est à la Cour de Cassation qu'il appartiendra de préciser les règles applicables à ce contentieux à défaut de dispositions législatives ou réglementaires.

La consultation devant avoir lieu pendant le temps de travail, le temps qui lui sera consacré devra normalement être payé comme tel.

### III

## Des effets disparates et inégaux dans la réalisation de l'objectif

L'objectif commun aux dispositions des articles L. 132-26, L. 132-7 du Code du Travail et 19 de la loi du 19 janvier 2000 est d'éviter qu'un accord d'entreprise dans les domaines concernés soit signé par une minorité d'organisations syndicales de salariés qui imposeraient ainsi leur volonté à l'ensemble du personnel contre le gré de celui-ci.

A cette fin, les procédures qu'ils mettent en place comportent des effets sanctionnant l'absence d'influence majoritaire chez les signataires.

Mais ces sanctions n'ayant qu'une portée relative n'aboutiront pas toujours au résultat escompté d'où la recherche par application des normes du droit commun de voies de contournement à l'existence d'accords minoritaires.

#### **a) La conséquence de l'absence de support majoritaire et des syndicats signataires.**

Ces conséquences varient suivant les accords concernés. A cet égard, le législateur a utilisé deux techniques, l'une favorisant une majorité d'opposition pour empêcher l'accord de prendre vie, l'autre exigeant une majorité pour que l'accord soit valablement conclu.

##### 1. La majorité d'opposition ou un droit de veto pour les non signataires majoritaires -

C'est le système inauguré par l'article L. 132-26 du Code du Travail et étendu par la suite à l'article L. 132-7. Sous certaines conditions de forme et de fond ci-dessus évoquées, les organisations non signataires majoritaires, dès lors qu'elles sont réunies, peuvent s'opposer à l'entrée en vigueur de l'accord.

(31) Voir le décret n° 2000-113 du 9 février 2000 et la circulaire du 3 mars 2000.

Aux termes de ces deux articles : *“les textes frappés d'opposition sont réputés non écrits”*. La solution est rigoureuse, elle est cependant suspendue à la réalisation des conditions strictes mises à l'exercice du droit d'opposition.

Si tel est le cas, l'accord frappé d'opposition devra être considéré comme n'ayant jamais existé. L'effet sera identique à celui de sa nullité à la différence que l'accord n'aura aucune application antérieure à la constatation de son inexistence et qu'aucune mesure de remise en état ne sera nécessaire. Si l'opposition est valable, elle produit un effet immédiat dans le délai de huit jours à compter de la conclusion de l'accord.

La notification de l'opposition aux signataires (employeurs et syndicats de salariés) entraîne ipso facto la disparition de l'accord. A priori, les syndicats non signataires et opposants n'ont aucune obligation de s'adresser à la justice pour faire valider leur opposition. C'est donc aux signataires, s'ils entendent contester la validité de l'opposition, pour défaut de l'une des conditions auxquelles son exercice est soumis, à solliciter du juge le prononcé de son irrecevabilité entraînant la validité de l'accord.

Dans la pratique toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi. Des syndicats non signataires ont été obligés, en présence de la résistance de l'employeur, de demander la constatation judiciaire de la validité de leur opposition et l'interdiction en conséquence de l'application de l'accord.

Cet effet rigoureux de l'opposition a posé la question de savoir s'il concernait la totalité de l'accord ou simplement la clause dérogatoire (L. 132-26) ou réductrice d'avantages conventionnels antérieurs (L. 132-7) ayant motivé l'opposition. La doctrine penche plutôt dans le sens d'un effet global (32), la jurisprudence, quant à elle, n'a pas jusqu'à ce jour eu à se prononcer nettement.

Une interprétation téléologique tendrait cependant à motiver la thèse de l'effet partiel de l'opposition, au moins pour les accords dérogatoires. Celle-ci a été mise en place afin que des dispositions moins favorables aux salariés que celles des lois, règlements ou conventions collectives de niveau supérieur, bien qu'elles fussent autorisées, ne leur soient imposées contre leur gré par des représentants minoritaires. Il n'est donc pas envisageable de l'étendre à d'autres matières que celles pour lesquelles la dérogation est permise, même si elles sont évoquées dans l'accord qui pour elles n'est pas déro-

gatoire. L'effet de l'opposition doit se limiter à celui de la dérogation autorisée.

Le Code du Travail, d'un point de vue littéral, ne vise que “les textes” frappés d'opposition qui ne peuvent être que ceux qui comportent dérogations. Va dans ce sens la limitation par la Cour de Cassation dans un arrêt du 13 juillet 1999 de la motivation de l'opposition au seul énoncé du texte auquel l'accord apporte une dérogation (33). Le problème de l'effet global ou partiel de l'opposition semble se poser avec moins d'acuité en ce qui concerne les avenants réducteurs d'avantages conventionnels antérieurs. Le texte de l'article L. 132-7, dans son § II vise en effet l'entrée en vigueur “de ce texte”, c'est-à-dire de l'avenant dans son ensemble sans opérer de distinction entre les clauses réductrices ou dérogatoires et les autres (34). Dans la pratique d'ailleurs, ces clauses seront le plus souvent l'élément essentiel de la négociation de l'avenant. La liberté devrait d'ailleurs être laissée aux organisations majoritaires de choisir de limiter la portée de l'opposition.

## 2. L'exigence d'une influence majoritaire chez les signataires de l'accord (majorité d'approbation).

A la place du mécanisme compliqué et d'utilisation restreinte de la majorité d'opposition, il paraîtrait plus simple de subordonner la conclusion de l'accord à la condition qu'elle soit le fait de syndicats majoritaires, c'est-à-dire poser le principe d'une majorité d'approbation. Au droit de veto des opposants, on substitue l'obligation d'être majoritaire pour conclure.

C'est là une revendication ancienne de la CGT qui a été renouvelée à l'occasion du vote de la loi du 19 janvier 2000 sur la réduction “négociée” du temps de travail. Le législateur, s'il a pris en considération cette demande, ne l'a pas entièrement satisfaite. L'obligation d'une signature majoritaire a, en effet, normalement pour sanction, si elle n'est pas réalisée, l'impossibilité de conclure la négociation ou la nullité de l'accord minoritaire.

Or, la sanction que prévoit dans son § II l'article 19 de la loi n'est pas cette nullité mais la perte pour l'entreprise du droit à bénéficier d'un allègement de ses charges sociales. Les signataires non majoritaires peuvent cependant solliciter dans les conditions exposées ci-dessus la consultation du personnel sur les termes de l'accord et si celui-ci est approuvé à la majorité des suffrages exprimés, l'entreprise retrouve son droit au bénéfice des allègements.

(32) De nombreux auteurs opinent ainsi pour l'effet globalisant de l'opposition (en particulier, J.P. Chauchard in Encyclopédie Dalloz Travail Conventions et Accords collectifs de travail (régime juridique) n° 229 à 243 - J.E. Ray : “Les accords sur le temps de travail” Droit social 1988 p. 99 - Alain Sauret “Le concept de dérogation en droit français” numéro hors série de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale - D'autres se prononcent en faveur de l'effet partiel de l'opposition : M. Despax,

Traité p. 571 - M. Poirier “La clause dérogatoire in pejus” - Droit social 1995 p. 885 - F. Saramito “Les accords dérogatoires” Droit Ouvrier 1990 p. 253.

(33) Cour de Cassation (ch. soc.) 13 juillet 1999 - Droit Ouvrier 1999 p. 462.

(34) En ce sens Pierre Soulier “La révision des conventions et accords collectifs : de l'inopposabilité à l'opposition” - hors série 1994 de Droit du travail et de la Sécurité Sociale.

Mais l'accord qui n'est pas signé par des syndicats majoritaires ou qui n'a pas été approuvé par une consultation du personnel n'est pas pour autant entaché de nullité. Il peut continuer à s'appliquer valablement aux contrats de travail des salariés de l'entreprise par le jeu de l'article L. 132.2.

Sans doute, les organisations syndicales majoritaires peuvent-elles alors utiliser leur droit d'opposition pour faire échec à un accord dont elles rejettent les termes (35). Mais ce sera là une voie étroite puisque son efficacité est subordonnée à la condition d'avoir obtenu non plus la majorité des suffrages exprimés, mais la majorité des inscrits lors des élections professionnelles de référence.

Telle est la solution adoptée par la loi du 19 janvier 2000 pour les entreprises dans lesquelles la négociation sur la réduction du temps de travail intervient avec des organisations syndicales structurées et représentées par un délégué syndical ou un délégué du personnel désigné comme tel. Elle correspond sans doute dans l'esprit de ses auteurs à un compromis ayant pour objet de ménager à la fois les défenseurs du principe majoritaire et ceux de la négociation sans principe.

Ce n'est que dans les entreprises où n'existe pas un organe légal du syndicat investi du pouvoir de négocier, c'est-à-dire les hypothèses visées aux §§ VI, VII et VIII, que la validité de l'accord de réduction du temps de travail est soumis à l'expression d'une majorité qui sera alors celle du personnel consulté sur son texte.

Lorsque dans les consultations obligatoirement réalisées dans chacune d'entre elles le texte de l'accord n'aura pas été approuvé à la majorité des suffrages exprimés, non seulement aucun allègement de charges ne sera possible mais il sera frappé de nullité. Il en sera ainsi en outre dans les hypothèses prévues aux §§ VII et VIII si l'accord ou le document élaboré par l'employeur, même approuvé par la majorité du personnel, n'a pas été validé par la commission paritaire à l'opinion de laquelle il doit être soumis.

La loi ne se prononce pas sur l'application dans le temps des dispositions de son article 19. A priori, elles sont permanentes sans limitation de durée. Il faut en conclure qu'elles devront s'appliquer aux modifications ultérieures de l'accord dès lors qu'elles resteront dans le cadre défini par les §§ I, II et III de l'article 19.

#### **b) Le recours au droit commun. Le contournement des accords minoritaires.**

Si les syndicats majoritaires ne disposent pas de la majorité électorale exigée par la loi pour exercer leur droit d'opposition à l'encontre des accords dérogatoires ou réducteurs d'avantages conventionnels ou si l'entreprise n'est pas intéressée par les allègements de charges sociales susceptibles d'accompagner un accord de réduction du temps de travail, ils demeurent soumis à la loi des minoritaires et ce seront les salariés qui en pâtiront.

En pareille occurrence, les salariés contestant cet accord seront-ils obligés de se soumettre à son application ?

D'où la recherche par les uns comme par les autres de voies juridiques permettant d'y résister en utilisant les attributions des instances élues du personnel et les ressources du droit commun des obligations. Ils feront appel alors aux possibilités de solliciter la nullité des clauses illégales ou l'inopposabilité à leur égard des modifications du contrat de travail n'ayant pas recueilli leur accord.

##### **1. Incidences potentielles de la consultation obligatoire des Institutions représentatives**

De nombreux exemples de résistance à des accords minoritaires défavorables ont vu le jour à l'occasion de négociations de plans sociaux. Des syndicats ou même des comités d'entreprise ont contraint des entreprises à recommencer la procédure de consultation du comité à l'issue d'une négociation d'un accord sur l'emploi avalisant en fait purement et simplement le projet patronal. Mieux, des syndicats ou des C.E. ont pu faire annuler des plans sociaux avalisés par des accords minoritaires.

Directement ou indirectement, c'est l'idée de légitimité, de recherche de majorité qui peut faire ici ou là que l'institution représentative élue consultée pourra servir de contrôle supplémentaire de la validité de la négociation, c'est l'idée de "navette sociale" (36).

Plus récemment en matière de réduction du temps de travail ou d'accords plus larges, la consultation des comités d'entreprise ou comités d'établissement en temps utile sur le projet ou proposition d'accord sera considérée comme une obligation. Son non respect permettra que le juge des référés suspende les négociations ou interdise l'application d'un accord. Ce non respect des procédures de consultation pouvant être sanctionné "par ailleurs" indique la Chambre Sociale (37).

(35) Possibilité rappelée par la circulaire du 3 mars 2000 dans sa fiche 34.

(36) cf. Daniel Boulmier "Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur" DO 1998 p. 350

(37) Cass. Soc. 5 mai 1998 - EDF - Droit Ouvrier 1998 p. 353 - Le président de la Chambre sociale, lors d'un séminaire à l'ENM alors que l'assistance s'étonnait que la sanction de cette conduite délictueuse ne soit pas la nullité, répondait " la Chambre sociale le dira peut être dans trois ans... ".

La recherche d'un contrôle majoritaire pourra aussi passer par l'utilisation de consultation du CHSCT et d'expertise des conséquences que peut avoir un accord souvent minoritaire sur les conditions de travail (38).

On retrouvera encore cette résistance mais malheureusement dans une moindre mesure lors de la déclinaison par établissement d'un accord cadre. Il pourra y avoir renégociation et mise en oeuvre des prérogatives d'information et de consultation des comités d'établissement et des CHSCT concernés.

La "loyauté" dans les négociations collectives approche la recherche du respect du principe majoritaire, la signature d'un accord sans convocation régulière d'une organisation syndicale influente est sanctionnée par la nullité (39).

## 2. L'action en nullité des clauses illégales -

L'article L. 132-4 du Code du Travail peut servir de fondement à une telle action dans la mesure où il interdit aux accords collectifs de déroger aux dispositions d'ordre public des lois et règlements sauf dispositions plus favorables. L'action en nullité est depuis longtemps admise sur cette base en doctrine comme en jurisprudence (40).

Le fait que la dérogation "in pejus" soit autorisée par la loi ou le règlement ne prive pas pour autant les syndicats non signataires de tout moyen d'action.

La nullité peut résulter tout d'abord de l'absence des conditions générales mises à la validité de toutes conventions collectives au regard de la qualité des parties, du contenu et de la publicité obligatoire, etc...

Elle résultera aussi du défaut des conditions particulières mises à la réalisation d'une dérogation "in pejus" : absence d'une possibilité de déroger prévue par la loi ou un règlement, limites expressément apportées par les textes à cette faculté, inexistence ou caractère dérisoire des sujétions particulières mises à son usage sous forme de contreparties.

Ces principes dégagés à propos des accords dérogatoires ou réducteurs d'avantages s'appliqueront sans difficultés aux accords de réduction du temps de travail dans la mesure où leur contenu sera très souvent dérogatoire notamment au regard, au-delà de la fixation stricte de la durée du travail, des modifications susceptibles de ce fait d'être apportées à l'aménagement du temps de travail (41). Aux causes de nullité évoquées ci-

dessus, s'ajouteront celles découlant d'un vote négatif du personnel à l'occasion d'un des référendums visés aux §§ V, VI, VII de l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000.

Ces recours à l'action en nullité seront dans la pratique exercés le plus souvent par les organisations syndicales de salariés insatisfaites du contenu de l'accord devant le Tribunal de Grande Instance. Elle est ouverte aux syndicats non signataires dès lors que la nullité est absolue (42). Elle peut toujours être fondée sur l'article L. 411-11 du Code du Travail lorsqu'est en cause l'intérêt collectif des salariés auxquels la convention ou l'accord est susceptible de s'appliquer. Mais la nullité est également susceptible d'être invoquée devant le Conseil des Prud'hommes par un salarié auquel l'employeur aura voulu imposer l'application d'une clause conventionnelle illégale.

L'action en nullité présente, en dépit de la lenteur qu'elle est susceptible de comporter, l'avantage de n'avoir éventuellement que des effets partiels en limitant ceux-ci à la disparition de la seule clause illégale ou à la constatation de ce fait de son inopposabilité au salarié à l'encontre duquel elle est invoquée (43).

## 3. La résistance individuelle des salariés (44).

La possibilité pour un salarié de refuser l'application d'une clause conventionnelle en raison de sa nullité pour illégalité vient d'être évoquée ci-dessus.

Mais lorsqu'un moyen de stricte illégalité n'est pas envisageable, existe-t-il pour lui d'autres possibilités de se dérober à cette application ? La question s'est posée à partir de 1987 à propos des accords dérogatoires lorsque toutes les conditions pour que la dérogation soit valide se trouvaient réunies et que les syndicats opposants ne disposaient pas de la majorité exigée par la loi, et ce, d'autant plus, que par essence, l'accord était moins favorable que la loi ou le règlement régissant antérieurement leur contrat de travail ? De ce fait, les clauses de ces derniers vont se trouver plus favorables aux salariés que celles nouvelles de l'accord collectif.

Les textes n'apportent pas de réponse à ce conflit. La doctrine s'est posée la question de savoir si le salarié ne pouvait pas se situer sur le plan de la modification apportée à son contrat de travail pour rejeter l'application de l'accord.

En effet, lorsqu'intervient une modification d'un élément essentiel de son contrat et qu'il ne s'agit pas d'un simple changement des conditions de travail (45), elle

(38) TGI Lyon Référé 22 juillet 1999 - TGI Dijon Référé 30/09/99 - note D. Boulmier Droit Ouvrier 2000 p. 57

(39) Cass. soc. 9/02/2000 - DO Février 2000 résumé 10 - Union syndicale CGT c/ Sté Lyonnaise des Eaux.

(40) Jurisprudence constante. Voir à titre d'exemple : Cour de Cassation (Ch. Soc.), 25 novembre 1991, Droit Ouvrier 1992 p. 418 ; 9 juin 1993, Droit Ouvrier 1993 p. 469 ; 7 juin 1992, Droit Ouvrier 1996 p. 94.

(41) Ce que reconnaît implicitement l'article L. 212-10 en ménageant, à l'égard des accords de la loi du 19 janvier 2000, la possibilité d'exercice du droit d'opposition.

(42) Cour de Cassation (Ch. soc.) 9 juillet 1996 - Droit Ouvrier 1997 p.30.

(43) En ce sens Yves Chalaron op. cit. p. 365.

(44) Voir G. Borenfreund "La résistance des salariés à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires" Droit Social 1990 p.628. "L'articulation du contrat de travail et des normes collectives" - Droit Ouvrier 1997 p.514 ; E. Dockes "La réciprocité des dispositions dans la convention collective" - Droit Ouvrier 1999 p. 503 ; P. Rémy "La représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire" - Droit Ouvrier 1999 p. 269 et s.

(45) Sur cette distinction, voir Cour de Cassation (Ch. soc) 10 juillet 1996, Droit Ouvrier 1996, p. 457.

nécessite l'accord de l'intéressé qui peut la refuser. Un tel refus n'est pas fautif en lui-même mais il s'analysera, si l'employeur ne l'accepte pas, en une rupture du contrat à son initiative. On se trouvera alors en présence d'un licenciement qui risquera toutefois d'être considéré comme relevant d'une cause réelle et sérieuse si l'employeur invoque l'existence d'un accord collectif, puisqu'aux termes de l'article L. 135-2 les clauses d'un tel accord par lequel il est lié s'appliqueront à tous les contrats de travail qu'il aura conclus.

Ainsi, la résistance salariale qui remettrait en cause l'effet normatif de l'accord, aboutirait à la perte de l'emploi sans que puisse jouer son caractère moins favorable puisque celui-ci est conforme aux textes applicables en la matière. Mais il peut rester un débat sur le motif qui justifie ou non le nouvel accord. Est-ce que l'accord a servi de prétexte pour provoquer des refus des salariés et ne met-il pas en cause, par la même, la bonne foi qui doit présider à l'exécution du contrat de travail ?

Les espèces dans lesquelles ce type de question a été soumis à la Cour de Cassation ont amené celle-ci à privilégier dans une certaine mesure le caractère normatif de la convention ou de l'accord en se prononçant en faveur de l'opposabilité au salarié à la condition que celui-ci ait été informé de son existence et mis à même d'en prendre connaissance (46).

Par contre, pour les accords de réduction du temps de travail, le législateur a tenté d'apporter une solution au conflit en posant dans l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000 deux principes (47).

## CONCLUSIONS

Quels enseignements peut-on tirer de ce rapide survol des procédures établies par la loi pour aboutir au respect du principe majoritaire dans la négociation collective ? C'est au premier chef leur peu d'effectivité.

Cela est évident pour les droits d'opposition : les strictes conditions mises à leur exercice en réduisent fortement la possibilité d'utilisation. Cette constatation qui est faite par l'ensemble de la doctrine a amené un éminent universitaire à considérer que le droit d'opposition aurait été créé pour "ne jamais servir" (48).

Tout d'abord, "la réduction du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord collectif de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail".

Autrement dit, cette réduction s'imposera au salarié sans qu'il puisse la refuser parce qu'un élément essentiel de son contrat se trouverait modifié. Mais cette solution ne concernera que la réduction de l'horaire de travail. Si l'accord entraîne d'autres modifications (montant de la rémunération, mode de rémunération, modifications proposées de l'horaire de travail, du lieu de travail), le salarié retrouvera la possibilité de les refuser dans les conditions ci-dessus exposées.

Mais, en ce cas, la loi précise que "lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du Code du Travail".

Ainsi, la loi n'impose pas au salarié en vertu de l'effet normatif de l'accord collectif de s'incliner devant une modification d'un élément essentiel de son contrat. Elle ne fait pas prévaloir cet effet normatif sur l'accord individuel des volontés. Mais par ailleurs, en cas de multiplicité des refus, elle assimile le licenciement non à un licenciement collectif mais à une addition de licenciements individuels ce qui modifie sensiblement les garanties accordées aux salariés. Cette disposition laisse entièrement ouverte la contestation des motifs ce qui n'était pas le cas dans une des moutures du texte, lors des débats parlementaires.

Quant à l'exigence d'une majorité de conclusion instaurée par l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000, il est encore trop tôt pour apprécier son efficacité pratique. On peut penser qu'elle sera supérieure. Deux remarques s'imposent toutefois.

Tout d'abord, elle a pour effet de permettre aux entreprises de solliciter les allègements des charges sociales et ne met pas en cause la validité même de la convention ou de l'accord collectif. Son observation va donc se trouver subordonnée à l'intérêt que présenteront pour

(46) A noter qu'il s'agissait moins de l'application du principe de faveur que d'obligations mises à la charge du salarié (période d'essai, durée du préavis, clauses de non concurrence) mais les principes applicables sont identiques. Cour de Cassation (Ch. soc. 8 janvier 1997, Droit social 1997 p. 323 - 22 avril 1997, Droit social 1997 p. 642). Plus récemment à propos de la modification de la structure de la rémunération par un nouvel accord d'entreprise modifiant un accord antérieur : Cour de Cassation 21 juin 2000, Droit Ouvrier août 2000, sommaire n° 10. Il ressort apparemment de cette décision que pour la

Cour de Cassation, le salaire ne peut être modifié sans l'accord du salarié que dans la mesure où il est fixé directement par le contrat de travail.

(47) Voir RPDS n° 659 mars 2000, Aude Lemire et Laurent Milet : "Réduction du temps de travail et statut du salarié", en particulier 2 "Les incidences sur le contrat de travail" p. 68. Egalement Circulaire du 3 mars 2000, fiche 27.

(48) J.E. Ray "Du collectif à l'individuel : les oppositions possibles" Droit social 1998 p. 347.

l'employeur ces allègements qui comportent pour lui la contrepartie d'un engagement du maintien ou de la création d'emplois, c'est-à-dire une renonciation à toute compression d'effectif.

Par ailleurs, le recours à la consultation du personnel, en cas d'absence de structures syndicales organisées dans l'entreprise susceptibles de dégager une majorité comporte certes une possibilité de contrôle des organisations représentatives extérieures par le biais de l'obligation d'information du mandant pesant sur le mandataire, ou par l'intervention des commissions paritaires nationales ou locales, il n'en reste pas moins que le rôle de l'employeur prépondérant dans la mise en place et le déroulement de cette consultation risque fort d'influencer le résultat.

On peut enfin se demander si le caractère permanent de ces dispositions résistera à l'épreuve du temps et aux changements éventuels que les employeurs seront tentés d'apporter à la durée ou à l'aménagement du temps de travail une fois passé le cap des 35 heures ! Autrement dit, les sacrifices consentis par l'Etat à l'occasion de leur mise en place seront-ils perpétuels ? Leur disparition entraînerait automatiquement celle de la majorité de conclusion.

La tentation pour les salariés et leurs organisations syndicales d'écarter l'application des accords minoritaires, l'action en nullité ou l'invocation de l'inopposabilité de modifications apportées au contrat de travail a

témoigné jusqu'ici de l'innocuité des procédures légales.

Si on estime que le respect de la majorité constitue une valeur démocratique dont l'observation s'impose à la négociation collective, il faut en tirer toutes les conséquences. La logique veut en effet que ce respect soit assuré par des dispositions ne laissant pas place à la réalisation d'accords minoritaires.

A cet égard, comme le suggère depuis longtemps la CGT (49), la solution ne peut être que de soumettre la validité de la convention ou de l'accord collectif à sa conclusion par des organisations syndicales ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés lors des élections professionnelles ou à l'occasion des négociations elles-mêmes. Ce point de vue a été préconisé par un certain nombre d'auteurs (50). Cela à tous les niveaux de négociation et pas seulement à l'entreprise.

Le recours à des consultations du personnel doit être largement ouvert aux seules organisations syndicales. Et pour les salariés des entreprises dans lesquelles il n'y a pas de représentation syndicale, il ne pourra être procédé à ce type de consultation qu'en accord avec les unions locales de syndicats. Laissées aux mains des employeurs, elles ne seraient qu'une simple méthode de gestion.

C'est le seul moyen de sauvegarder l'idée que la représentation des salariés dans la négociation collective doit être une représentation réelle de leurs intérêts.

**Françis SARAMITO.**

(49) Voir Roger Pascré "Les conditions d'une authenticité de la négociation collective" *Le Droit Ouvrier* 1982 p. 46. Egalement les articles récents du "Peuple" cités note (17).

(50) Dont en particulier Georges Borenfreund qui, dès 1988, s'exprimait ainsi : "La validité juridique de l'acte lui-même serait subordonnée à sa conclusions par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant obtenu plus de 50% des voix à ces élec-

tions (professionnelles NDLR). De la sorte, le ou les syndicats signataires pourront se prévaloir de la confiance des salariés qui seront engagés" (Propos sur la représentativité syndicale - *Droit Social* 1988 p. 486). Egalement du même auteur : "La représentation des salariés et l'idée de représentation" (*Droit social* 1991, en particulier p. 694).