

# La réforme du droit de la négociation collective par la loi du 20 août 2008

par *Cécile Nicod*, Maître de conférences à l'Université Lyon 2, ERDS-Cercriid, UMR CNRS Saint-Etienne-Lyon 2

## PLAN

### I. Une apparente continuité dans la définition des acteurs de la négociation dans l'entreprise

- A. Des mécanismes complexes
- B. Des fondements revisités

### II. La légitimité des conventions et accords collectifs renforcée

- A. La conclusion des accords soumise à de nouvelles exigences
- B. Quelques précisions relatives aux conditions de négociation des conventions et accords collectifs
- C. La légitimité des conventions et accords dans le temps : de nombreuses questions restent en suspens

**Conférer aux conventions et accords collectifs une plus grande légitimité, ouvrir la négociation à toutes les entreprises, voici deux préoccupations qui marquent les réformes successives du droit de la négociation collective depuis plus de dix ans maintenant. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 s'inscrit avec force dans ce mouvement, qu'elle marque d'une nouvelle étape, certainement décisive.**

**Ce texte confirme par ailleurs le rôle central de la négociation collective dans l'élaboration des normes applicables aux relations de travail, de la loi à l'accord d'entreprise.**

**L'association des acteurs sociaux à l'élaboration des lois est ancienne, sous des formes qui ont varié au fil du temps et dont l'article L. 1 du Code du travail (1) marque l'aboutissement. Ainsi, la loi du 20 août 2008 reprend largement les termes de la position commune du 9 avril 2008 (2), qu'il s'agisse des nouvelles conditions de la représentativité syndicale, des règles relatives à la détermination des acteurs de la négociation ou à la validité des conventions collectives. Mais la loi du 20 août 2008 comporte un autre volet, relatif à la réforme du temps de travail (3), qui va beaucoup plus loin que le texte de la position commune sur ce point. Deux sujets de prime abord distincts, mais en réalité étroitement liés depuis longtemps. Dès 1982, la négociation sur l'aménagement du temps de travail a été rendue obligatoire dans les entreprises, au moment même où elle était ouverte à la conclusion d'accords dérogatoires. On sait que, depuis, les possibilités de déroger à la norme légale ont été entendues de plus en plus largement, tout particulièrement dans le domaine du temps de travail, avec une faveur sans cesse confirmée pour l'accord d'entreprise. Au-delà même de la dérogation, c'est une supplétivité des normes en droit du travail qui est aujourd'hui mise en évidence (4). Or, le volet temps de travail de la loi du 20 août 2008 renforce l'autonomie de l'accord d'entreprise et accentue la supplétivité des conventions de branche, en l'étendant même aux décrets relatifs au temps de travail (5).**

**Ce mouvement s'accompagne, sur le volet démocratie sociale (6), d'une réforme ambitieuse des conditions d'acquisition de la représentativité**

(1) Issu de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007, loi de modernisation du dialogue social.

(2) Le texte a été signé par la CGT, la CFDT, le MEDEF et la CGPME. G. Borenfreund, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », *Syndicats : le défi de l'audience électorale*, *RDT* 2008, p. 360 ; P.H. Antonmattéi, « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 771 ; M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT* 2008, p. 431.

(3) Qui ne sera pas évoqué en détail dans cette étude ; voir notamment : F. Favennec-Héry, « Temps de travail : une réforme dans la continuité », *JCP S* 2008, n° 372 ; M. Véricel, « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », *RDT* 2008, p. 574 ; M. Morand, « La nouvelle

organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *RJS* 12/2008, p. 955 ; M. Grévy, « Où en est le temps de travail ? », *Dr. Ouv.* 2009 p.192.

(4) Pour une synthèse de la question : S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

(5) Voir à ce sujet la contribution particulièrement convaincante de M.-A. Souriac : « Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009, p. 14. Également, M. Grévy prec. ; M. Véricel, « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », *RDT* 2008, p. 574 ; J. Barthélémy et P. Clément, « Etendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ? », *RDT* 2008, p. 426.

(6) P. Rodière, « Du dialogue social à la démocratie sociale », *Sem. Soc. Lamy*, 2008, n° 1370, p. 7 ; B. Gauriau, « La rénovation de la démocratie sociale – loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », *JCP S*, 2008, n° 36, p. 1448.

syndicale (7), visant à renforcer la légitimité des syndicats et à faciliter leur implantation et leur action dans les entreprises. C'est également la volonté de garantir une plus grande légitimité aux accords collectifs et de laisser ouvert un champ plus large à la négociation qui se manifeste ici (8). En effet, l'évolution du cours de la négociation collective, son ouverture à de nouveaux objets, s'est révélée de plus en plus difficile à concilier avec le maintien de la présomption irrefragable de représentativité lorsque les syndicats ainsi représentatifs peuvent conclure des accords engageant la collectivité des salariés. Cette évolution a également déterminé la recherche d'acteurs de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. La négociation collective investit de plus en plus des domaines traditionnels d'exercice du pouvoir de l'employeur (9). Même si les questions de la légitimité des accords et du champ de la négociation, notamment d'entreprise, pourraient être dissociées (10), force est de constater qu'elles sont de plus en plus liées.

Qu'il s'agisse donc de la définition des acteurs de la négociation dans l'entreprise (I) ou des conditions de validité des conventions et accords collectifs (II), la réforme opérée par la loi du 20 août 2008 s'inscrit dans une continuité, qui n'est parfois qu'apparente. L'étude du texte révèle quelques surprises. Sa lecture donne à voir des évolutions importantes, notamment quant à l'articulation entre légitimité syndicale et légitimité élective.

## I. Une apparente continuité dans la définition des acteurs de la négociation dans l'entreprise

Depuis qu'en 1994 (11), la Cour de cassation a fermé la voie à l'intervention de représentants syndicaux extérieurs à l'entreprise, en l'absence de délégué syndical, puis l'a ouverte à des salariés de l'entreprise, mandatés par un syndicat représentatif (12), différentes lois ont envisagé l'intervention des élus dans l'entreprise ou celle de salariés mandatés par une organisation syndicale pour une négociation particulière (13). La question fut finalement réglée par la loi du 4 mai 2004 (14). Ces acteurs alternatifs de la négociation sont de nouveau sollicités par le législateur de 2008. Ainsi, l'esprit des textes précédents est toujours présent et, de prime abord,

la réforme opérée par la loi du 20 août 2008 semble limitée. Toutefois, l'articulation des formes de négociation alternative s'opère dans des conditions qui en modifient en profondeur la substance. La loi du 20 août 2008 met en place un système complexe ; il mérite à ce titre quelques éclaircissements (A). Le nouveau dispositif repose par ailleurs sur des ressorts fondamentalement différents des mécanismes antérieurs (B).

### A. Des mécanismes complexes

C'est toujours l'absence de délégué syndical dans l'entreprise qui permet d'envisager la négociation avec

(7) Sur cet aspect de la réforme : G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p. 712 ; B. Boubli, « Etude limitée à la représentativité et ses attributs », *Sem. soc. Lamy*, 13 oct. 2008, p. 17 ; S. Michel, « Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008 », *Dr. Ouv.* 2008, p. 604 ; F. Petit, « Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », *Dr. Ouv.* 2009, p. 22.

(8) Cette préoccupation apparaît dès les premiers mots de la position commune : « Pour tenir compte des évolutions intervenues depuis leur institution par la loi du 11 février 1950, d'une part, et pour renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective, d'autre part, les parties signataires de la présente position commune considèrent qu'il est nécessaire d'actualiser les critères de représentativité des organisations syndicales de salariés prévus à l'article L. 2121-1 du Code du travail ». Elle figure également dans l'exposé des motifs de la loi « le présent projet de loi vise à donner plus de place à la négociation collective, en conférant plus de légitimité aux partenaires sociaux et en confortant la légitimité et le champ d'intervention des accords collectifs ».

(9) C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *Sem. soc. Lamy*, 2008, n° 1340, p. 39.

(10) Voir notamment l'argumentation de G. Borenfreund dans « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », précité.

(11) Soc. 19 oct. 1994, *Dr. Soc.* 1994, p. 958 rapp. Waquet ; *D.* 1995, som. com. p. 370, obs. G. Borenfreund ; *Dr. Ouv.* 1995, p. 148.

(12) Soc. 25 janvier 1995, *Dr. Soc.* 1995, p. 274 ; *D.* 1995, p. 593, note P. Pochet ; *RJS* 1995, p. 231, note J. Savatier ; *JCP* 1996, I, 3901, n° 23, obs. Antonmattéi ; *Dr. Ouv.* 1995, p. 276. Voir également G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. Soc.* 1997, p. 1006.

(13) L'ANI du 31 octobre 1995, repris à titre expérimental dans l'article 6 de la loi du 12 novembre 1996, les lois Aubry du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000 rendaient, dans des conditions différentes, la négociation possible avec les élus ou des salariés mandatés.

(14) G. Borenfreund, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. Soc.* 2004, p. 606 ; B. Teyssié, « Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », *D.* 2004 chron. p. 2383.

d'autres acteurs (15). L'article L. 2232-21 C. trav., qui ouvre la négociation aux élus, envisage la carence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement et évoque la conclusion dans des conditions dérogatoires d'accords d'entreprise ou d'établissement. Il est cependant acquis que, lorsqu'un délégué syndical a été désigné au niveau de l'entreprise, l'employeur ne peut engager des négociations avec des élus dans les établissements dépourvus de délégués syndicaux. Outre le fait que l'entrave serait alors caractérisée (16), que l'on ne peut permettre à l'employeur de choisir son interlocuteur dans la négociation collective, pareille interprétation serait contraire à l'article 5 de la convention 135 de l'OIT (17), qui préserve les droits des syndicats en présence d'élus dans l'entreprise. L'article L. 2232-21 du Code du travail doit ainsi être interprété comme permettant, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, la négociation avec les élus, au niveau de l'entreprise ou par établissements. Reste ensuite la question du choix du niveau de négociation. On sait qu'en matière de négociation annuelle obligatoire, l'employeur peut décider de négocier par établissement pour autant qu'aucune organisation syndicale représentative dans l'un d'eux ne s'y oppose (18), mais la solution n'est pas transposable s'agissant de négociations engagées sur une base volontaire (19).

Plusieurs facteurs concourent à rendre particulièrement complexe la détermination des acteurs de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : le maintien des dispositifs conventionnels antérieurs à la loi (1.) et une articulation subtile de l'intervention des différents acteurs alternatifs, élus, salariés mandatés ou encore représentants de la section syndicale (2.).

## 1. Le maintien des conventions de branche antérieures

La loi du 20 août 2008 ne subordonne plus la possibilité de négocier avec des élus ou salariés mandatés à la conclusion d'une convention de branche étendue. Cette condition, prévue jusqu'ici par la loi du 4 mai 2004, a constitué un frein à la mise en œuvre de ces dispositifs (20). Le premier écueil à la négociation dans des conditions dérogatoires dans les entreprises disparaît ainsi, les syndicats de branche n'étant plus appelés à se prononcer sur la question. Cependant, la loi nouvelle ne remet pas en cause les conventions collectives conclues dans le cadre légal antérieur. Ainsi, l'article 14 de la loi du 20 août 2008 reporte au 31 décembre 2009 l'entrée en vigueur des articles L. 2232-21 à 2232-29 C. trav. révisés, tout en précisant que les conventions collectives conclues antérieurement à cette date continueront de produire effet après cette date. Dans ces conditions il faudra, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010, distinguer les entreprises comprises dans le champ d'application d'une convention de branche ayant conclu un accord sur la base des anciens articles L. 2232-21 et suivants C. trav. et les autres, pour lesquelles la loi du 20 août 2008 sera directement applicable. Or les conditions de la négociation avec des élus ou des salariés mandatés sont sensiblement différentes entre la loi du 4 mai 2004 et celle du 20 août 2008, sur des questions aussi importantes que les thèmes ouverts à la négociation (21), ou encore les conditions de validité des accords ainsi négociés (22).

## 2. L'articulation subtile de l'intervention des différents acteurs de la négociation

La loi du 20 août 2008 fait des élus les interlocuteurs privilégiés pour la négociation collective en l'absence de

(15) Même si, on le verra, les conditions désormais posées à l'acquisition de la représentativité syndicale et à la désignation du délégué syndical peuvent conduire à des situations de concurrence entre acteurs syndicaux dans l'entreprise, particulièrement le nouveau représentant de la section syndicale, et élus du personnel.

(16) L'accord ne pourrait valoir accord collectif et l'entrave pourrait être caractérisée. Rapprocher, dans un contexte normatif différent il est vrai : Soc. 18 nov. 1997, *Bull. civ. V*, n° 390 ; *Dr. Soc.* 1998, p. 409 obs. M. Cohen ; *CSBP* n° 97, p. 37, obs. A. Philibert ; *D.* 1998, som. com. p. 206, obs. M.-A. Souriac.

(17) « *Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part.* »

(18) Soc. 21 mars 1990, *Bull. civ. V*, n° 139 ; *Dr. Soc.* 1990, p. 605, obs. Ph. Langlois ; *RJS* 1990, n° 400 et *Crim.* 4 déc. 1990, *CSBP* 1991, A11, p. 25 ; *RJS* 1991, n° 225, p. 122.

(19) Ce qui revient à admettre la capacité de choix de l'employeur en la matière, même si, comme l'a souligné M.-A. Souriac, « il

*existe nécessairement une certaine contradiction entre l'idée d'un niveau imposé par l'employeur et la notion même de négociation* », « Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise », *Dr. Soc.* 1988, p. 735.

(20) J.-E. Ray, « Quel droit pour la négociation collective de demain ? », *Dr. soc.* 2008, p. 3 ; J.D. Combexelle, « Loi du 4 mai 2004 : Quel bilan ? Quelles perspectives ? », *Dr. soc.* 2008, p. 20. Seules dix-huit conventions de branche ont ouvert cette possibilité, seize avec les élus ou les salariés mandatés, une avec les seuls élus et une autre avec les seuls salariés mandatés. Pour la liste détaillée, voir S. Niel, « Comment négocier un accord d'entreprise sans délégué syndical ? », *Les Cahiers du DRH*, n° 149, p. 9.

(21) Les conventions de branche conclues en application de la loi de 2004 déterminent elles-mêmes les thèmes ouverts à la négociation dans des conditions dérogatoires alors que la loi du 20 août 2008 accorde aux élus et salariés mandatés un pouvoir de négocier limité aux « accords collectifs de travail sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif », à l'exception des accords de méthode (art. L. 2232-21 et L. 2232-24 C. trav.). Cette question sera développée *infra*.

(22) Il est ici question de l'étendue du contrôle effectué par la commission paritaire de branche chargée de valider les accords conclus avec les élus, évoquée plus loin.

délégué syndical dans l'entreprise, confirmant en cela la préférence qui leur est accordée depuis 2004 (23). Elle pose cependant une condition nouvelle : l'entreprise doit employer moins de 200 salariés. Pour être valable, l'accord est ensuite soumis à validation par la commission paritaire de branche (24). En l'absence d'élus, établie par un procès-verbal de carence, et quel que soit l'effectif, seul le mandatement d'un salarié par un syndicat représentatif dans la branche est possible. Mais un référendum doit alors être organisé, la validité de l'accord étant subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (25). On observe à ce sujet qu'en exigeant un procès-verbal de carence pour établir l'absence d'élus dans l'entreprise, les nouvelles dispositions légales ne permettent pas de négocier avec un salarié mandaté dans les petites entreprises (26). Dans les entreprises de plus de 200 salariés, dépourvues de délégué syndical mais où des élus sont présents, la négociation est possible, mais avec le représentant de la section syndicale spécialement mandaté à cet effet par une organisation représentative au niveau national interprofessionnel (27). L'accord est ici encore soumis à référendum auprès des salariés. En revanche, si l'entreprise dont l'effectif excède 200 salariés n'est pas dotée d'élus, seuls des salariés mandatés par une organisation syndicale de branche peuvent négocier (28).

Pour ajouter encore à la complexité du système ainsi conçu, l'article L. 2143-23 C. trav., qui prévoit la possibilité de négocier à titre dérogatoire avec le représentant de la section syndicale, est d'application immédiate. Or cette disposition vise les entreprises, dépourvues de délégués syndicaux, qui ne sont pas couvertes par un accord de branche fondé sur la loi du 4 mai 2004. Autrement dit, depuis le 20 août dernier, la négociation avec le représentant de la section syndicale est possible dans les entreprises privées de délégué syndical et dont l'activité n'entre pas dans le champ d'application de l'une des dix-huit conventions de branche étendues signées jusqu'ici. Mais la situation de ces entreprises changera à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010, date à laquelle les nouveaux articles L. 2232-21 à

L. 2232-29 C. trav. entreront en vigueur. La négociation devra alors se dérouler avec les élus, ou avec des salariés mandatés... à moins que les conditions de la négociation avec le représentant de la section syndicale ne soient réunies. Outre le fait qu'il est difficile de comprendre les raisons d'un système à ce point complexe, on imagine sans mal les difficultés à venir, notamment lorsqu'il sera question de réviser ou de dénoncer un accord conclu par d'autres acteurs.

## B. Des fondements revisités

Derrière une apparente similitude entre les mécanismes prévus par la loi de 2008 et les textes antérieurs affleurent des éléments qui, mis en relief, donnent à voir une architecture d'ensemble sensiblement différente. Ces éléments tiennent tout d'abord aux conditions de l'habilitation à négocier des acteurs autres que le délégué syndical (1.), ils tiennent ensuite à l'étendue de leur capacité de négocier (2.). Enfin, certains aspects du texte laissent entrevoir une situation nouvelle dans l'articulation de l'intervention des élus et des acteurs syndicaux dans l'entreprise (3.).

### 1. Une habilitation directe par la loi

Comme il a déjà été souligné, les élus et les salariés mandatés tiennent désormais leur pouvoir de négocier directement de la loi, alors que, auparavant, les conditions de leur habilitation étaient déléguées par le législateur à l'autonomie collective (29). On assiste ici à une reprise en main par le législateur de l'attribution du pouvoir de représentation des salariés dans la négociation collective (30).

Le déclin du rôle de la convention collective de branche dans ce domaine transparaît également dans l'étendue du pouvoir désormais accordé à la commission paritaire de branche, chargée de valider les accords négociés avec les élus. La validité d'un accord négocié avec les élus était subordonnée dans la loi du 4 mai 2004 à son approbation par une commission paritaire de branche. L'étendue du pouvoir de contrôle exercé par cette commission sur le contenu des accords n'était pas

(23) Sur la faveur du législateur pour les élus et les critiques qu'elle encourt, voir G. Borenfreund, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. Soc.* 2004, p. 606.

(24) Art. L. 2232-21 C. trav. Il doit également être signé par des membres élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections, art. L. 2232-22 C. trav.

(25) Art. L. 2232-24 C. trav.

(26) La question des formes de représentation des salariés dans les très petites entreprises doit d'ailleurs faire l'objet prochainement d'une négociation interprofessionnelle.

(27) L'art. L. 2143-23 C. trav. ne prévoit l'intervention du représentant de la section syndicale dans la négociation qu'à défaut de toute autre possibilité.

(28) La situation entre dans les prévisions de l'article L. 2232-24 du Code du travail et l'article 6 III de la loi du 20 août 2008

exclut l'intervention du représentant de la section syndicale lorsque les articles L. 2232-21 à 2232-29 C. trav. sont applicables.

(29) La situation n'est pas inédite : les lois portant réduction du temps de travail du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000 autorisaient déjà la négociation des accords avec des salariés mandatés ou les délégués du personnel dans des conditions qu'elles prévoyaient, sans accord de branche préalable. Les négociations dont il était question étaient toutefois limitées à la réduction du temps de travail.

(30) De manière plus ou moins directe, le législateur a toujours contrôlé la source du pouvoir de négociation. Sur cette question et celle de la place de l'autonomie collective, voir G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. Soc.* 1997, p. 1006.

clairement précisée. L'emploi du terme « approbation », de préférence à celui de « validation », laissait toutefois entrevoir une capacité de contrôle sur l'opportunité de l'accord et pas seulement sur sa légalité intrinsèque. L'article L. 2232-22 C. trav. ne confère plus à la commission qu'un pouvoir de contrôle de la légalité de l'accord, excluant tout contrôle d'opportunité. Est-ce le signe de l'importance toute relative désormais accordée à ce contrôle, ou la manifestation du refus absolu de toute entrave par les branches dans la mise en œuvre du dispositif ? Toujours est-il que l'accord bénéficie d'une validation implicite si la commission de branche ne se prononce pas dans un délai de quatre mois (31). La portée de la validation doit cependant être relativisée ; elle confère à l'acte négocié valeur d'accord collectif, mais ne préjuge ni ne garantit sa conformité aux dispositions légales.

La loi du 4 mai 2004 conférerait aux accords négociés malgré l'absence de délégué syndical dans l'entreprise une double légitimité, légitimité élective, par le recours aux élus (32), mais également légitimité syndicale, l'accord ayant été négocié dans les conditions définies par les organisations syndicales de branche par un salarié mandaté ou ayant été validé à la suite d'un contrôle approfondi par ces mêmes organisations. Le sceau de la légitimité syndicale fait désormais défaut lorsque les élus négocient.

## 2. Des acteurs à capacité de négocier variable

Les élus et salariés mandatés, agents d'exercice du droit des salariés à la négociation collective reconnus et investis du pouvoir de négocier directement par la loi, sont limités quant à leur capacité d'intervenir. Les articles L. 2232-21 et L. 2232-24 C. trav. leur accordent la possibilité de négocier « *sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* », à l'exception des accords de méthode (33). En soi, une telle restriction de la capacité de négocier des acteurs non syndicaux de la négociation n'est pas nouvelle. Les conventions collectives de branche conclues dans le cadre de la loi du 4 mai 2004 déterminaient les thèmes ouverts à ce type de négociation et pouvaient ainsi poser des limites. Le contexte était toutefois différent : non seulement parce que, dans les faits, de telles limites

n'existaient pas, mais aussi parce que cette faculté était prévue dans la loi dans des conditions différentes. Aujourd'hui, le pouvoir de négocier des élus et salariés mandatés est limité par l'objet de l'accord, et non par le thème ouvert ou non à la négociation. Tous les thèmes sont ainsi ouverts, ces acteurs ne pouvant cependant négocier que lorsque la loi subordonne la mise en œuvre d'un dispositif à la conclusion d'un accord. Cette limite apportée à la capacité des acteurs alternatifs de la négociation collective de mettre en œuvre le droit des salariés à la négociation collective tranche avec une tendance récente à accroître les domaines ouverts à la négociation collective (34).

L'article 6 II de la loi du 12 novembre 1996 confiait déjà aux élus et aux salariés mandatés le pouvoir de négocier « *la mise en œuvre des mesures dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif* ». Ainsi qu'il l'a été souligné à l'époque (35), la formule ne vise pas exclusivement les accords dérogatoires, moins favorables que la loi, mais plus généralement tous types d'accords nécessaires à la mise en œuvre de dispositifs légaux. L'évolution plus récente du cours de la négociation collective, le rôle désormais dévolu aux conventions d'entreprise donne à cette disposition un sens encore plus marqué. La négociation avec les élus ou les salariés mandatés a essentiellement vocation à porter sur les questions d'aménagement du temps de travail, domaine dans lequel la loi du 20 août 2008 renforce d'ailleurs les prérogatives de l'accord d'entreprise (36). Le législateur dédie la négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical à l'organisation du travail et de l'activité productive. Certes, les accords ne seront pas nécessairement défavorables aux salariés, mais une forme d'instrumentalisation de l'accord, négocié au titre du droit des salariés à la négociation collective, se confirme. Certes encore, le mécanisme est assorti de garanties (37), mais il n'impose plus de contrôle syndical, même si la loi affirme la faculté pour les élus de prendre « *l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche* » (38). Signalons enfin que le représentant de la section syndicale ne subit pas pareille restriction dans sa capacité de négocier.

On peut espérer que l'ouverture plus large de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués

(31) Art. L. 2232-21 al. 3 C. trav.

(32) Ou au référendum, si l'accord était négocié par un salarié mandaté.

(33) Visés à l'article L. 1233-21 C. trav.

(34) On pense ici bien évidemment à la possibilité pour les organisations syndicales de négocier des accords de méthode. Les attributions des élus deviennent un nouvel objet de négociation.

(35) M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. Soc.* 1997, p. 25.

(36) M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », précité ; M. Véricel, « La loi du 20 août 2008 relative au temps

de travail : une loi de revanche ? », *RDT* 2008, p. 574 ; J. Barthélémy et P. Clément, « Etendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ? » ; Controverse, *RDT* 2008, p. 426 ; M. Morand, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *RJS* 12-2008, p. 955.

(37) La loi renforce les conditions de validité de l'accord négocié avec les élus, en exigeant qu'il soit signé par des élus ayant recueilli au moins 50 % des voix aux dernières élections, art. L. 2232-22 C. trav.

(38) Art. L. 2232-27-1 C. trav.

syndicaux soit de nature à y favoriser une implantation syndicale. Il s'agit là d'un véritable défi à relever pour les syndicats. L'étude du texte révèle cependant la possibilité d'une concurrence entre élus et interlocuteur syndical dans l'entreprise, qui se règle en faveur des élus.

### 3. La concurrence entre élus et interlocuteur syndical dans l'entreprise

A défaut de monopole, les syndicats ont « une vocation naturelle à représenter les intérêts des salariés dans le cadre des négociations », a affirmé le Conseil constitutionnel lors de l'examen de l'article 6 de la loi du 12 novembre 1996 (39). La loi du 20 août 2008 s'inscrit dans la continuité de cette décision les dispositifs dérogatoires qu'elle prévoit aux articles L. 2232-21 et suivants du C. trav. n'ont vocation à s'appliquer qu'en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. Les conditions de la recherche d'interlocuteurs autres que syndicaux dans l'entreprise semblent maintenues. Cependant, en subordonnant à de nouvelles exigences l'acquisition par les syndicats du pouvoir de négociateur, par la réforme de la représentativité syndicale et des conditions de désignation des délégués syndicaux, le texte peut être de nature à réduire le champ de l'intervention syndicale dans les entreprises. Les conditions plus strictes d'acquisition de la représentativité syndicale ont été en partie compensées par la création d'un nouveau représentant des syndicats dans l'entreprise (40), destiné à permettre une forme d'implantation syndicale aux organisations légalement constituées mais n'ayant pas atteint le seuil des 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections. Le représentant de la section syndicale garantit alors à ces organisations la

possibilité d'une action syndicale limitée dans l'entreprise, visant à décrocher le fameux sésame lors des élections suivantes (41). A la différence du délégué syndical, investi de plein droit du pouvoir de négociateur (42), la négociation avec le représentant de la section syndicale n'est envisagée qu'à titre subsidiaire, lorsqu'aucun autre interlocuteur ne peut être désigné. Sont ainsi visées les entreprises de plus de 200 salariés, dotées d'un comité d'entreprise, mais où aucune liste syndicale n'a été présentée ou n'a atteint le seuil des 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections (43).

Si l'entreprise emploie moins de 200 salariés, les élus, à défaut les salariés mandatés, demeurent les interlocuteurs exclusifs de la négociation, quand bien même un représentant de section syndicale a été désigné. Cette situation peut résulter soit de l'absence de candidature syndicale aux dernières élections, soit d'une forte défiance manifestée par les salariés à l'égard des syndicats ayant présenté des candidats. Au moment où la légitimité électorale des représentants des salariés détrône la légitimité purement syndicale, ce constat justifie que le pouvoir de négociateur soit confié aux élus de préférence à un représentant du syndicat n'ayant pu atteindre le seuil requis pour que sa représentativité soit reconnue. La situation sera probablement peu fréquente dans les faits, le seuil de 10 % des voix exprimées n'étant pas de nature à entraver de manière importante la possibilité d'une action syndicale dans les entreprises. Il demeure qu'alors la négociation sera menée par les élus, quand bien même un ou plusieurs syndicats représentatifs au niveau national et interprofessionnel sont implantés dans l'entreprise, ce qui peut faire craindre une marginalisation de l'action syndicale (44).

## II. La légitimité des conventions et accords collectifs renforcée

La loi du 4 mai 2004 accordait aux branches le pouvoir de déterminer les conditions de validité des accords d'entreprise conclus dans son champ d'application, leur laissant la possibilité d'opter pour une exigence majoritaire ou au contraire une absence d'opposition par les non-signataires. Dans les faits, les conventions de branche s'étaient très largement prononcées en faveur

d'une simple absence d'opposition et non d'une majorité d'engagement, peut-être par crainte de limiter le processus conventionnel. Dans ces conditions, la réforme ne parvenait pas à conférer une légitimité jugée suffisante aux accords ainsi conclus. Peut-être aurait-il fallu laisser plus de temps pour que les représentations des uns et des autres évoluent (45) ? Le législateur a

(39) Cons. const. 6 novembre 1996, DC 96-383, *JO* 13 novembre 1998, p. 16531 ; G. Lyon-Caen, « La constitution française et la négociation collective » ; *Dr. Ouv.* 1996, p. 479 ; *Dr. Soc.* 1997, p. 25, note M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la négociation collective » ; *RJS* 1996, n° 1296 ; *TPS* 1997, chron. X. Prétot, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », p. 4 ; B. Mathieu, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, chron. p. 152 ; *D.* 1998, som. com. p. 152, obs. Trémeaux ; *JCP* éd. G, 1996, II, 68213 ; *RD* 1997, p. 13, obs. D. Rousseau.

(40) F. Duquesne, « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr. Soc.* 2008, p. 1084.

(41) Le représentant perd d'ailleurs son mandat si les résultats escomptés ne sont pas atteints, art. L. 2142-1-1 al. 2 C. trav.

(42) Soc. 19 février 1992, n° 90-10896, *Bull. Civ. V*, n° 106.

(43) Ce seuil, apprécié sur la base des résultats du premier tour quel que soit le nombre de votants, n'est pas insurmontable. Le risque le plus évident est que certains syndicats ne l'atteignent pas et perdent la possibilité de participer aux négociations à venir.

(44) E. Peskine, « Regards sur la position commune. A propos du devenir (incertain) des syndicats dans l'entreprise », *RDT* 2008, p. 431, spé. p. 435.

(45) Le facteur temps contribue à expliquer le bilan mitigé de la mise en œuvre de la loi du 4 mai 2004 ; voir J.-D. Combexelle, art. précité.

préférée intervenir directement sur la question, soumettant la validité des accords à de nouvelles exigences (A). Quelques précisions ont également dû être apportées concernant les conditions de négociation avec les élus ou les salariés mandatés, celles-ci ne pouvant plus être prévues par les conventions de branche (B). Enfin, on note que la réforme laisse en suspens de nombreuses questions tenant à la légitimité de l'accord dans le temps et notamment aux conditions de sa révision et de sa dénonciation (C).

## A. La conclusion des accords soumise à de nouvelles exigences

La volonté du législateur de conforter la légitimité des accords collectifs se manifeste sur deux plans : la conclusion des accords est soumise à des règles plus strictes (1.), les acteurs de la négociation sont soumis à un degré d'exigence accru (2.).

### 1. Les nouvelles conditions de validité des accords collectifs

La loi du 20 août 2008 fait ici œuvre simplificatrice, une fois passées les dispositions transitoires. En effet, elle uniformise largement les règles de validité des accords quel que soit leur niveau. Qu'il s'agisse du niveau interprofessionnel, de la branche, du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement, tous les accords sont soumis à une double condition, dont les modalités de mise en œuvre sont adaptées en fonction des situations. À terme donc, les conventions et accords collectifs devront tous être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des voix exprimées au premier tour des dernières élections et ne pas faire l'objet d'une opposition par les organisations majoritaires à ces mêmes élections. Quelques précisions peuvent être apportées.

Dans les branches et au niveau national interprofessionnel, la réforme suppose que la représentativité des organisations syndicales ait été préalablement établie, conformément aux nouveaux critères posés dans cette même loi. C'est pour cette raison qu'à ces niveaux, les accords restent soumis aux

conditions antérieures jusqu'à la première mesure d'audience des syndicats, autrement dit pendant une durée maximale de cinq ans (46). En revanche, les nouvelles règles s'imposent depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 dans les entreprises, les établissements et les groupes.

Au titre des éléments convergents, on note qu'il importe d'apprécier la part des voix recueillies par chaque organisation syndicale au vu du résultat du premier tour des élections, « *quel que soit le nombre de votants* », peu important donc que le quorum soit atteint ou non. La jurisprudence *Adecco* a vécu (47). Sur d'autres points, de légères différences subsistent entre les divers niveaux de négociation. Elles concernent tout d'abord les conditions d'approbation ou d'opposition à l'accord. Si, dans l'entreprise, la part des voix obtenues par chaque organisation syndicale est déterminée par rapport à l'ensemble des suffrages exprimés, seuls les suffrages exprimés en faveur d'une organisation syndicale représentative sont pris en compte dans les branches et au niveau interprofessionnel (48). Par ailleurs, on observe que le droit d'opposition des organisations syndicales majoritaires doit être exercé dans un délai de huit jours lorsqu'il est dirigé contre un accord d'entreprise, d'établissement ou de groupe (49), mais de quinze jours s'agissant des accords de branche ou interprofessionnels (50).

Ces nouvelles conditions de validité confèrent aux accords, et notamment aux accords d'entreprise, une légitimité plus forte. La seule absence d'opposition des organisations syndicales majoritaires prévues par la loi du 4 mai 2004 (51) laissait une place trop importante à la possibilité d'accords minoritaires. Le seuil exigé de 30 % ne constitue pas une exigence majoritaire, la possibilité d'accords minoritaires persiste (52). Sa portée doit également être nuancée, dans la mesure où l'appréciation du poids de chaque syndicat est déterminée sur la base d'un vote des salariés indépendamment du taux de participation aux élections, ce qui est de nature à relativiser le score à atteindre par chaque organisation si la participation est faible. Il demeure qu'un pas important est franchi. Il s'agit probablement d'une étape (53).

(46) Voir les articles 11 et 12 de la loi du 20 août 2008.

(47) Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation subordonnait la validité de l'accord à son approbation par une majorité de salariés, par référendum : *Soc.* 20 décembre 2006, *Adecco*, n° 05-60.345 PBRI ; *Bull. civ. V*, n° 399 ; *Dr. Soc.* 2007, p. 453, obs. P.Y. Verkindt ; *RDT* 2007, p. 328, obs. M. Grévy ; *Dr. Ouv.* 2007 p.329 n. A. Braun.

(48) Spécificité motivée par le souci de prévenir des situations de blocage dans la négociation des accords à ces niveaux. La conclusion des accords s'en trouve facilitée : M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », précité.

(49) Art. L. 2232-12 et 2232-34 C. trav.

(50) Art. L. 2232-2 et L. 2232-6 C. trav.

(51) Les conventions de branche pouvaient exiger une majorité d'engagement, mais peu l'ont fait.

(52) Une telle exigence majoritaire pourrait-elle être imposée par voie conventionnelle ? Rien n'est moins sûr. Cf. M.-A. Souriac, art. précité, et P. Rodière, art. précité.

(53) La position commune du 9 avril 2009 envisage ces règles comme une solution intermédiaire, avant un passage à un principe strictement majoritaire. L'exposé des motifs de la loi du 20 août 2008 situe également ces dispositions « dans la perspective du passage à un mode de conclusion majoritaire des accords collectifs ».

## 2. Le renforcement de la légitimité des acteurs de la négociation

La volonté du législateur de doter les conventions et accords collectifs d'une plus grande légitimité apparaît également dans les dispositions renforçant la légitimité des différents acteurs de la négociation. Conditions d'acquisition de la représentativité syndicale et voies et moyens de la négociation collective sont désormais liés (54). La présomption de représentativité disparaît. La représentativité syndicale dépend désormais de critères renouvelés (55), parmi lesquels on retiendra surtout la condition d'une audience suffisante et quantifiée (56). Le vote des salariés dans les entreprises est donc désormais déterminant pour la sélection des organisations représentatives à l'ensemble des niveaux de négociation. La reconnaissance du pouvoir de négocier est désormais subordonnée à l'obtention d'un nombre de voix suffisant, parmi les voix s'étant exprimées aux dernières élections. L'exigence pare l'accord collectif d'une nouvelle vertu, dans la mesure où la qualité des signataires est aujourd'hui fonction du degré de confiance exprimé par les salariés lors des élections dans l'entreprise. La présomption de représentativité, malgré toutes les critiques dont elle pouvait faire l'objet, avait pour mérite de permettre l'action des syndicats sur la base d'une légitimité intrinsèque à leur existence. Accordée à des syndicats s'inscrivant dans une tradition historique, elle mettait en évidence l'aptitude de ces organisations à représenter dans l'entreprise les collectivités les plus larges. Dans l'entreprise, le pouvoir de négocier (57) est aujourd'hui réservé aux seuls syndicats envers lesquels les salariés ont manifesté un niveau de confiance suffisant. La mesure de cette confiance intervient lorsqu'il s'agit pour les salariés de choisir les élus qui exprimeront et porteront leurs intérêts par des attributions qui ne comprennent pas en principe la négociation. Dès lors, la portée du vote des salariés lors des élections dépasse le cadre dans lequel il s'exprime. Or c'est parfois la personne du candidat qui détermine le choix des salariés lors du vote, davantage que l'organisation qui présente la liste. De nouveaux enjeux apparaissent donc pour les organisations syndicales.

La montée en puissance de la légitimité électorale se révèle également dans les conditions de désignation du délégué syndical, qui doit avoir personnellement recueilli au moins 10 % des suffrages aux dernières élections. Elle est d'ailleurs poussée à l'extrême s'agissant des élus eux-mêmes. En effet, l'accord négocié par les élus doit avant tout être signé par des membres élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections (58). Si l'accord négocié par les syndicats n'est pas nécessairement majoritaire, tel n'est pas le cas de l'accord négocié par les élus (59).

L'objectif poursuivi et atteint par la loi est cohérent dès lors que l'on se place sous l'angle des effets de l'accord collectif, et de sa capacité à engager les salariés. L'action syndicale dans les entreprises y trouvera peut-être l'occasion d'un souffle nouveau. Cependant, force est de constater que la loi du 20 août 2008 confère à la légitimité électorale une suprématie sur la légitimité syndicale. Elle contribue également à accentuer le brouillage déjà constaté par ailleurs dans la répartition des rôles de chaque institution dans l'entreprise (60).

Les conditions dans lesquelles les accords collectifs sont négociés participent également à renforcer leur légitimité. La loi du 20 août 2008 apporte quelques précisions à ce sujet.

### B. Quelques précisions relatives aux conditions de négociation des conventions et accords collectifs

L'article L. 2232-27-1 C. trav. liste une série d'exigences propres à la négociation menée par les élus ou des salariés mandatés dans des entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Bien évidemment, la question de la loyauté dans la négociation collective est ici sous-jacente (61). Le contenu du texte révèle toutefois une conception *a minima* de ce que pourrait être une exigence de loyauté.

Le texte exige tout d'abord que les négociateurs soient en situation d'indépendance vis-à-vis de l'employeur. Il s'agit là d'une condition élémentaire d'une réelle négociation. Est-elle véritablement garantie ? Cette

(54) Pour une discussion quant au lien entre validité de l'accord et conditions de la représentativité syndicale, souvent présenté comme allant de soi, voir G. Borenfreund, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* 2008, p. 360, spé. p. 368.

(55) G. Borenfreund, art. précité ; S. Michel, art. précité.

(56) Même si la loi indique que les critères sont cumulatifs, art. L. 2121-1 C. trav.

(57) Qui n'est qu'un des différents aspects de l'action syndicale : P. Rennes, « Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs », *Dr. Ouv.* 2007, p. 20.

(58) Art. L. 2232-22 C. trav.

(59) Cette exigence, conjuguée à la nécessité de soumettre l'accord à la commission de branche, ou d'organiser un

référendum s'il a été négocié avec un salarié mandaté ou un représentant de section syndicale, montre que la négociation n'est pas, loin de là, facilitée lorsqu'elle se déroule dans des conditions dérogatoires. La négociation avec les délégués syndicaux paraît plus aisée pour les employeurs.

(60) Voir notamment P. Masson, « Une brèche est ouverte », *Sem. Soc. Lamy*, 2008, n° 1370, p. 24 ; P. Rennes « D'un débat majeur à un accord mineur », *Dr. Ouv.* 2005 p. 311 et « Mouvement syndical et droit du travail : interactions » *Dr. Ouv.* 2008, p. 57.

(61) Pour une présentation de l'ensemble de cette question, voir J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. Ouv.* 1997, p. 496.

question, et au-delà celle de l'égalité dans le rapport de force entre négociateurs, est posée (62).

Le projet d'accord doit également être « élaboré conjointement par les négociateurs ». Si la formule signifie que la négociation par les élus ou les salariés mandatés ne consiste pas simplement à parapher un document élaboré unilatéralement par l'employeur, la portée du texte est très faible. Or on ne voit pas ce que la formule peut signifier d'autre. L'exigence semble une évidence absolue, pour autant que l'on accorde un peu de sens au terme négociateur, et ce, que la négociation ait lieu en présence d'un acteur syndical ou non (63).

Le troisième point semble davantage pertinent. Il mentionne la nécessité d'une concertation avec les salariés. Lorsque la négociation se déroule avec un délégué syndical, des pratiques de consultation directe des salariés sont généralement à l'œuvre. De plus, l'expression collective des intérêts des salariés par la voie des élus est assurée en droit par l'obligation de consulter le comité d'entreprise préalablement à la conclusion de l'accord (64). Si la négociation se déroule avec les élus au sein du comité d'entreprise, cette consultation perd tout sens. Si elle se déroule avec les délégués du personnel ou avec un salarié mandaté, cela signifie qu'il n'y a pas de comité d'entreprise. Il semble dès lors opportun d'envisager expressément d'autres formes de consultation. A cet égard, on peut observer que, si l'accord a été négocié avec un représentant de section syndicale (ce qui suppose la présence d'élus dans l'entreprise), la consultation du comité d'entreprise devrait s'imposer, préalablement à l'organisation d'une consultation directe des salariés par référendum, condition de validité de l'accord. Au final, l'article L. 2232-27-1 3° C. trav. contribue à poser en principe une exigence de consultation des salariés lors de toute négociation dans l'entreprise.

L'article L. 2232-27-1 garantit ensuite la faculté pour les négociateurs de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche. L'enjeu est surtout présent lorsque la négociation se déroule avec des élus, il est moindre si c'est un salarié mandaté qui

négocie. A ce sujet, on rappelle que la loi du 4 mai 2004 ne prévoyait pas l'obligation pour l'employeur d'informer les organisations syndicales représentatives de branche de son intention d'engager des négociations avec des élus, ce qui est désormais exigé par le nouvel article L. 2232-21 C. trav. Quelle est la portée de cette information ? On est enclin à considérer qu'il y va de la validité même de l'accord. Ce motif justifierait sans aucun doute un refus de validation de l'accord par la commission paritaire de branche.

Le texte envisage enfin la question, sensible, des informations à remettre aux négociateurs. Il renvoie ici à l'accord avec l'employeur, sans aucune précision sur le contenu de ces informations, pas même qu'elles doivent permettre aux parties de « négocier en toute connaissance de cause » (65). La situation peut être particulièrement délicate en l'absence de comité d'entreprise destinataire d'informations périodiques.

L'engagement « sérieux et loyal » des négociations demeure ainsi l'apanage de la négociation sur l'égalité salariale entre hommes et femmes (66), et sur le recours au travail de nuit (67). Une disposition généralisant cette exigence aurait eu toute sa place dans un texte ayant pour ambition de rénover la démocratie sociale. Le lien entre légitimité de l'accord et conditions de sa négociation aurait mérité une consécration explicite (68).

### C. La légitimité des conventions et accords dans le temps : de nombreuses questions restent en suspens

Subordonner l'acquisition de la représentativité à l'exigence d'une audience suffisante, appréciée quantitativement tous les quatre ans, permet de garantir une légitimité accrue aux organisations syndicales et aux accords qu'elles concluent. L'évolution s'opère toutefois au prix d'un risque de perte de stabilité dans la détermination des organisations syndicales représentatives, ce que la présomption de représentativité auparavant reconnue permettait d'éviter. La liste des organisations reconnues représentatives peut évoluer à la suite de chaque élection professionnelle. De plus, rien ne

(62) E. Dockès, *Droit du travail*, Hypercours, Dalloz, 2008, n° 774 et s.

(63) N'est-ce pas d'ailleurs ce qu'entend la Cour de cassation lorsqu'elle relève qu'aucun manquement à l'obligation de négocier ne peut être opposé à l'employeur dès lors que la Cour d'appel a « relevé que la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines avaient été retenues » : *Soc.* 9 juillet 1996, *Bull. Civ. V*, n° 269 ; *RJS* 8-9/1996, n° 953, p. 610 ; *Dr. Ouv.* 1997, p. 30 ; *D.* 1998, som. com. p. 258, note M.-A. Souriac-Rotschild.

(64) *Soc.* 5 mai 1998, *Dr. Soc.* 1998, p. 585, rapport J.-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité

d'entreprise », p. 579 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *RJS* 6/1998, p. 435 ; D. Boulmier « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. Ouv.* 1998 p.350.

(65) Comme l'indiquait l'article L. 132-12 du Code du travail, dans sa version antérieure à la recodification, et comme l'indique toujours l'article L. 3122-37 relatif au travail de nuit.

(66) Art. L. 2242-10 C. trav.

(67) Art. L. 3122-36 C. trav.

(68) La Cour de cassation se montre d'ailleurs de plus en plus exigeante dans le contrôle du déroulement des négociations et des conditions de signature des accords collectifs. La nullité de l'accord peut être encourue. *Soc.* 10 oct. 2007, n° 06-42721, *RDT* 2007, p. 628, note F.G.

préserve les syndicats d'un contentieux entre deux élections, sur la base des autres critères, ceux-ci étant cumulatifs. De nombreuses difficultés peuvent également surgir concernant la révision ou la dénonciation des conventions.

Les textes gouvernant la révision des accords demeurent inchangés. Autrement dit, la négociation de révision doit être ouverte à tous les syndicats représentatifs, signataires ou non de l'accord initial (69), mais la signature de l'avenant de révision est réservée aux seuls signataires ou adhérents à l'accord (70). Si, dans l'intervalle, un syndicat signataire n'est plus reconnu représentatif, non seulement il ne peut plus être signataire de l'accord de révision, mais de plus, l'exigence de majorité nécessaire à la validité de l'avenant devient plus difficile à atteindre, sauf à accepter que des non-signataires s'y associent (71). L'accord de révision pourrait ainsi ne pas se substituer à l'accord initial (72).

La loi du 20 août 2008 cherche à prévenir une autre conséquence de l'évaluation périodique de l'audience syndicale dans l'entreprise : la perte par tous les syndicats signataires de leur qualité représentative. L'article L. 2261-14-1 C. trav. prévoit alors que l'accord n'est pas mis en cause (73). Il pourra toutefois être dénoncé par la majorité des syndicats représentatifs, sur la base de l'article L. 2261-10 C. trav. Si le maintien des effets de la convention collective dans leur aspect normatif se conçoit, qu'en est-il des clauses conventionnelles relevant de la partie obligatoire de la convention ? Les syndicats signataires privés de représentativité peuvent-ils continuer à participer aux instances mises en place par l'accord ? On peut en douter. Le texte aboutirait alors à une curiosité dans le

droit des conventions collectives : une convention dotée d'un effet normatif, mais dépourvue d'effet obligatoire.

Sous cet angle, la réforme apportée à la question de la dénonciation des conventions collectives laisse également perplexe. La loi du 4 mai 2004 n'avait pas modifié les textes antérieurs, de telle sorte que seule une dénonciation unanime des syndicats de salariés signataires pouvait produire effet, quand bien même l'accord était soumis par la branche à une exigence majoritaire ou à l'absence d'opposition majoritaire. La loi du 20 août 2008 ne règle que de manière très incomplète cette question. L'article L. 2261-10 C. trav. permet la dénonciation des conventions de branche et d'entreprise par la majorité des organisations syndicales représentatives, dans le champ d'application considéré, lorsque l'un des syndicats signataires a perdu sa représentativité. Si l'on admet que la prise en compte de l'évolution dans le temps de l'audience des diverses organisations syndicales auprès des salariés doit permettre de renégocier les textes préexistants, quand bien même aucune ne chuterait sous le seuil des 10 % des suffrages exprimés, la condition de perte de représentativité d'un signataire paraît excessive (74). Un accord devenu minoritaire car dénoncé par certains des signataires initiaux serait toujours valable. Par ailleurs, comment comprendre que le pouvoir de dénoncer une convention collective soit confié aux non-signataires ? Ici encore, la distinction entre effet normatif et effet obligatoire de la convention collective se trouve malmenée. Pourtant, le dualisme de la négociation collective, mis en évidence depuis longtemps (75), fait partie des éléments structurants (76) du droit des conventions collectives.

**Cécile Nicod**

(69) Soc. 16 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 107 ; D. 2002, p. 3231, note F. Petit ; *Dr. Soc.* 2002, p. 620, note M.-L. Morin ; *JCP E* 2002, p. 1764, obs. Darmaïn.

(70) Soc. 17 sept. 2003, *Bull. civ. V*, n° 240 ; *JCP E*, 2004, p. 566, obs. Darmaïn.

(71) Les non-signataires pourraient également adhérer à l'accord préalablement à sa renégociation, en vue de conclure un accord ultérieur, mais la démarche sera délicate.

(72) M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », précité, spec. p. 22 et note 70.

(73) La Cour de cassation a jugé que la disparition des organisations signataires (patronales en l'espèce) d'une convention de branche mettait en cause l'application de la convention collective : Soc. 16 mars 1995, n° 91-40210, *Dr. Soc.* 1995, p. 370, conclusions Kessous ; D. 1995, som. com. p. 369, obs. E. Dockès.

(74) Pour une critique du texte et la proposition d'une autre interprétation, voir E. Dockès, *Droit du travail*, Hypercours, Dalloz, 2008, n° 825 et s. L'auteur considère que la mention de la perte de représentativité d'une organisation syndicale peut être interprétée comme une simple hypothèse, sans portée limitative. Dès lors, il conviendrait d'admettre la possibilité d'une dénonciation par les syndicats devenus majoritaires à la suite de nouvelles élections, peu important que l'un des signataires ait ou non perdu sa représentativité à cette occasion.

(75) P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », *RTD Civ.*, 1939, p. 371. Elle a fondé certains arrêts de la Cour de cassation : voir notamment Soc. 20 nov. 1991, *Dr. Soc.* 1992, p. 53, rapport P. Waquet ; *Dr. Ouv.* 1992, p. 72, obs. R. Pascré ; D. 1992 som. com. p. 296, obs. G. Lyon-Caen.

(76) M.-L. Morin, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. Soc.* 2008, p. 24.