

LA LOI « TRAVAIL » : Dialogue et négociation

La réforme de la négociation collective

par Mathilde CARON, Maître de conférences HDR Droit privé,
Université de Lille, membre du LEREDS (CRDP) et
Ioannis KAPPOPOULOS, Avocat, Chargé d'enseignements,
Université de Lille, membre du LEREDS (CRDP)

PLAN

I. Encadrer la méthode de la négociation collective

- A. Les mesures d'incitation
- B. Les mesures d'adaptation

II. Encadrer la conclusion des conventions et accords collectifs de travail

- A. Le principe de conclusion majoritaire avec les organisations syndicales représentatives
- B. Le principe de conclusion majoritaire avec les élus et les mandatés

Comme vient de le rappeler le professeur Bonnechère, la loi « Travail » du 8 août 2016 (1) a profondément modifié l'articulation des normes, renforçant la norme négociée par rapport à la norme légiférée et conférant plus de place à l'accord d'entreprise parmi les autres accords et conventions de niveau supérieur.

La loi « Travail » constitue une étape supplémentaire dans l'évolution amorcée dès 1982 par les lois *Auroux* (2). Elle vise à faire de la négociation collective non seulement un outil d'organisation des relations de travail, mais aussi de l'entreprise (3).

Les accords d'entreprise permettent aux employeurs de ne pas imposer leurs choix organisationnels, mais de les négocier avec les représentants des salariés, dès lors que ceux-ci auront un impact sur les conditions de travail et/ou de rémunération des salariés. Ces accords opèrent souvent des compromis qui peuvent conduire à conditionner, contraindre, voire limiter, les droits des salariés et même contenir des dispositions moins favorables que celles des conventions ou accords de niveau supérieur ou de la loi. Il est alors apparu indispensable tant aux partenaires sociaux qu'au législateur de repenser les règles régissant la négociation collective dans le but de renforcer le rôle organisationnel, ainsi que la légitimité des accords collectifs de travail.

Deux étapes étaient nécessaires, modifier, d'une part, les règles de représentativité syndicale permettant de sélectionner les syndicats habilités à négocier et conclure des accords collectifs et, d'autre part, celles de conclusions des accords collectifs.

La loi du 4 mai 2004 (3 bis) (issue de la position commune du 16 juillet 2001) constitue la première pierre de cette évolution. Elle généralise le principe selon lequel un accord d'entreprise peut déroger moins favorablement à un accord de niveau supérieur

tout en posant, en contrepartie, les prémisses du principe de conclusion majoritaire. Toutefois, cette loi n'était pas satisfaisante, dans la mesure où le principe de conclusion des accords était principalement conçu sur une majorité d'opposition et non sur une majorité d'engagement ou de signature.

La loi du 20 août 2008 (4) poursuit alors cette construction, en renforçant plus encore le principe de conclusion majoritaire et en réformant le système de représentativité syndicale. Elle est suivie par la loi du

(1) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 0184 du 9 août 2016.

(2) I. Meyrat, « La loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ou l'histoire d'une réforme au long cours », Dr. Ouv. n° 820, nov. 2016, p. 689.

(3) Cette conception du rôle dévolu à la négociation collective avait d'ailleurs été soulignée avec pertinence par le Professeur Vachet in « La fonction organisationnelle de la convention collective »,

in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 559 ; J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », Dr. Soc. 2009, p. 887.

(3 bis) Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983.

(4) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF n° 0194 du 21 août 2008, p. 13064.

5 mars 2014 (5) qui pose les bases de la représentativité patronale, et celle du 17 août 2015 (6) relative au dialogue social et à l'emploi.

La loi « Travail » poursuit cette dynamique. Elle fait suite à de nombreux rapports (7) et s'inscrit dans une logique de simplification du droit du travail laissant une place plus importante à la norme négociée.

Elle tend à renforcer plus encore la légitimité de la négociation collective, ainsi que son rôle dans l'organisation des relations de travail. La loi « Travail » comporte ainsi une double avancée, car elle encadre la méthode selon laquelle la négociation doit désormais se dérouler (I), tout en franchissant un nouveau cap vers un véritable principe majoritaire d'engagement qui va plus loin que les réformes précédentes (II).

I. Encadrer la méthode de la négociation collective (M.C.)

Pour poursuivre le renforcement de la négociation collective et la légitimité des accords et des acteurs, la loi travail pose un guide de bonnes pratiques de négociation, dont les partenaires sociaux peuvent se saisir (A) et profiter pour mettre en adéquation le droit de la négociation collective avec l'environnement dans lequel les accords évoluent, notamment dans les domaines de la révision, de la dénonciation et de la mise en cause des accords collectifs (B).

A. Les mesures d'incitation

La loi « Travail », dans ses dispositions relatives aux accords de méthode et aux préambules des accords collectifs, ne se veut pas contraignante. Elle est davantage incitative, l'idée étant de convaincre les négociateurs du bien-fondé et de l'intérêt de ces mesures. De la sorte, l'absence de négociation d'un accord de méthode, sauf stipulation contraire, ou l'absence de préambule, cas de l'accord conclu en vue de la préservation et du développement de l'emploi mis à part, ne sont pas sanctionnés par la nullité.

Le législateur souhaite encourager les bonnes pratiques liées à la négociation collective afin de bénéficier de processus efficaces, de gagner éventuellement du temps lors des négociations qui seront ensuite engagées, et de guider ceux qui auraient à se saisir des dispositions d'un accord conclu.

L'absence de sanction que le rapport *Combrexelle* souhaitait pour éviter la déstabilisation ou la stérilité de la négociation (8) est largement commentée en doctrine (9), car le fait de simplement inciter, plutôt que de contraindre, limiterait les chances de conclure

ou d'avoir des contenus de qualité.

Il appartiendra dès lors aux partenaires sociaux, à qui une part de confiance est ici accordée, de savoir se saisir de cette opportunité, sans attendre que la contrainte soit de mise, et de prouver qu'ils peuvent en faire bon usage.

Outre l'idée d'incitation qui est présente au sein des articles L.2222-3-1 et s. du Code du travail, des précisions sont apportées sur le contenu.

À propos de l'accord de méthode, l'article L.2222-3-1 alinéas 1 et 2, précise que « Une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties. Cette convention ou cet accord précise la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données, définies à l'article L.2323-8 du Code du travail. Cette convention ou cet accord définit les principales étapes du déroulement des négociations et peut prévoir des moyens supplémentaires ou spécifiques, notamment s'agissant du volume de crédit d'heures des représentants syndicaux ou des modalités de recours à l'expertise, afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou plusieurs des négociations prévues ».

La loyauté et la confiance entre les négociateurs que vise la loi sont relatives aux informations que possède l'entreprise et qu'elle doit transmettre aux organisations syndicales représentatives. Déjà mises en évidence dans un arrêt du 13 mai 2009 (10), relatif au protocole d'accord préélectoral, ainsi qu'un arrêt

(5) Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JORF n°0055 du 6 mars 2014, p. 4848.

(6) Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14346.

(7) Le rapport *Aptitude et médecine du travail* remis en mai 2015 ; le rapport sur la dématérialisation du bulletin de paie remis en juillet 2015 ; le rapport sur l'élargissement de la place de l'accord collectif dans notre droit du travail et la construction de normes sociales de septembre 2015 ; le rapport transformation numérique et vie au travail du même mois ; le rapport sur le compte personnel

d'activité d'octobre 2015 ; le rapport sur la dynamisation de la négociation collective de janvier 2016 ; le rapport sur les principes essentiels du droit du travail de janvier 2016.

(8) Rapport *Combrexelle* sur l'élargissement de la place de l'accord collectif dans notre droit du travail et la construction de normes sociales, p. 58.

(9) Exemple : J. Barthélémy, L'accord de méthode de la négociation collective, Dr. Soc. 2016, p. 505.

(10) Cass. Soc. 13 mai 2009, n°08-60.530, RJS, n°7, juillet 2009, p. 581 ; JCP. éd. S., n°38, 15 septembre 2009, p. 30 ; Dr. Ouv., n°736, novembre 2009, p. 525 ; SSL, n°1439, 29 mars 2010, p. 37.

du 6 janvier 2016 (11), la loyauté et la confiance sont désormais inscrites dans la loi (12). L'objectif est d'éviter que la confidentialité des documents ne puisse être opposée à la partie adverse, car celle-ci devra se comporter de manière loyale. Seuls les documents confidentiels dont la connaissance n'est pas essentielle au bon déroulement de la négociation peuvent ne pas être transmis.

La base de données économiques et sociales visée à l'article L.2323-8 du Code du travail sert de base à la négociation et au respect de la loyauté et de la confiance, mais la liste des documents utiles à la négociation ne se limite pas nécessairement à cette base, l'article L.2222-3-1 n'y faisant que « notamment » référence.

Enfin, la référence aux documents d'information doit être faite dans l'accord de méthode, qui peut définir en plus des étapes du déroulement de la négociation, les moyens supplémentaires ou spécifiques permettant d'assurer le bon déroulement des négociations (13).

L'article est plus succinct que le rapport *Combrexelle* qui faisait référence à sept points :

- le calendrier de la négociation : la question du temps. Sans terme préalablement fixé, le caractère interminable de certaines négociations n'a pas sa place dans une économie moderne. C'est à l'accord de méthode de fixer un calendrier dynamique de la négociation avec des échéances. Dès l'ouverture, sa durée doit être préalablement fixée. Tel pourrait être l'un des objets de l'accord de méthode, avec un maximum légal de trois mois renouvelable une fois ;
- les documents et données économiques et sociales qui constituent le contexte de la négociation et les règles de confidentialité qui s'appliquent ;
- les conditions d'utilisation des technologies de l'information en matière d'information financière, économique, juridique et sociale des négociateurs avec notamment les conditions d'utilisation optimale de la base de données économiques et sociales ;
- les conditions de définition de la procédure de conclusion de l'accord ;
- les conditions dans lesquelles les salariés sont informés sur le contenu des négociations en cours, puis du contenu de l'accord ;
- les conditions dans lesquelles est suivie la mise en œuvre de l'accord, avec des indicateurs précis et des clauses de rendez-vous ;

- les modalités amiables de résolution des litiges liés à l'application et à l'interprétation de l'accord.

La référence à ces sept points est intéressante car, en pratique, plus l'accord de méthode sera complet, plus les difficultés devraient être évitées.

À propos du préambule, la rédaction de l'article L.2222-3-3 du Code du travail est brève ; il y est indiqué que « *la convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu. L'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord* ».

Si l'intention du législateur est louable, la rédaction de l'article laisse toutefois songeur en raison du caractère « succinct » du contenu du préambule. En effet, l'indication soignée des objectifs des négociateurs et du contenu de l'accord peut aider à l'interprétation des dispositions de celui-ci. Sans être contraignantes, ces informations peuvent être un support utile pour la commission paritaire d'interprétation à laquelle le juge peut demander des informations, mais surtout à ce dernier, le juge, qui doit donner sens parfois à des textes pour lesquels il ne connaît ni le contexte d'élaboration, ni les intentions laissées derrière certains éléments flous.

S'il faut bien être prudent, le Professeur Géa (14) met en garde, à juste titre, ici, de ne pas retirer au juge son rôle d'interprétation, au risque de le voir s'en remettre à l'unique volonté des parties, plutôt que d'interpréter à la lumière de la loi ; il n'en demeure pas moins que le caractère « succinct » peut être appliqué de différentes manières par les négociateurs. L'idée serait de bénéficier d'un préambule « utile » à ceux qui auront à se saisir du texte par la suite. Ainsi, outre les objectifs et le contenu, le contexte de la négociation devrait également s'y retrouver.

À côté de son effet incitatif, la loi « Travail » a également souhaité dynamiser la négociation collective, en apportant des modifications aux règles de durée, de révision, de dénonciation et de mise en cause.

B. Les mesures d'adaptation

Les nouvelles dispositions relatives à la durée des accords se situent à l'article L.2222-4 du Code du travail et ont pour effet, sauf stipulation contraire, de limiter leur durée à 5 ans. L'absence de renseignement quant à la durée de l'accord suppose désormais

(11) Cass. Soc. 6 janvier 2016, n° 15-10.975, JCP. éd. G., n° 4, 25 janvier 2016, p. 155 ; Cahiers sociaux, n° 282, février 2016, p. 93 ; JCP. éd. S., n° 7, 23 février 2016, p. 34 ; RJS, n° 3, mars 2016, p. 245 ; RDT, n° 4, avril 2016, p. 284 ; Dr. Ouv. n° 815, juin 2016, p. 368.

(12) L. Pécaut-Rivolier, La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation, JCP. éd. S, n° 36, 13 septembre 2016, 1300.

(13) J. Barthélémy, op. cit.

(14) F. Géa, Le juge et l'accord collectif : quels changements ?, SSL, n° 1717, 4 avril 2016, p. 5.

qu'il tombe en désuétude à l'issue des 5 années, ce qui obligera les négociateurs à intervenir s'ils ne souhaitent pas cette issue. Il n'y a donc plus de prorogation tacite de l'accord.

Les modalités de suivi des accords devront également être précisées au sein de ce dernier. Une fois encore, le non-respect de l'engagement pris par les négociateurs de se réunir à nouveau au cours de la vie de l'accord, dans l'idée de permettre l'adaptation aux différentes évolutions qui peuvent avoir lieu, n'est pas sanctionné par la nullité de la convention ou de l'accord. Ces dispositions, prévues à l'article L.2222-5-1 du Code du travail, laissent dubitatifs certains auteurs quant à l'effectivité de la mise en œuvre de ces clauses de rendez-vous et des modalités de suivi, mais la logique de la loi s'inscrivant dans un renforcement de la confiance envers les négociateurs et la légitimité de ces derniers et de leurs accords, il relèvera de leur responsabilité de tenir leurs engagements et de prouver que cette légitimité est réelle.

À propos de la révision, le législateur a ici adapté les textes aux décisions jurisprudentielles relatives au cycle électoral, notamment l'arrêt de principe du 13 février 2013 (15).

Avant la loi « Travail » et en l'absence de précisions dans l'accord, l'ensemble des signataires ou adhérents à un accord devaient manifester leur accord à l'ouverture d'une négociation pour qu'un avenant de révision puisse être conclu. Cet avenant était soumis aux règles de conclusion de 30 % pour la signature et à l'absence d'opposition (50 %). Désormais, il convient de distinguer deux temps pour la révision. Un premier temps, qui correspond au cycle électoral au cours duquel l'accord a été conclu, qui permet aux organisations syndicales représentatives signataires ou adhérentes de décider de la révision ; un second temps, qui concerne la période suivante, c'est-à-dire la fin du cycle électoral de cet accord, auquel cas une ou plusieurs organisations syndicales représentatives peuvent demander la révision de l'accord. Cette disposition de l'article L.2261-7-1 du Code du travail permet donc de s'adapter aux évolutions de la représentativité dans l'entreprise. En l'absence de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical, ce sera

un élu du personnel mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche dont dépend l'entreprise ou, à défaut, au niveau national ou interprofessionnel ou un élu mandaté ou, à défaut encore, un salarié mandaté par un syndicat représentatif au niveau de la branche ou, à défaut, au national ou interprofessionnel qui pourront la demander.

Pour les accords de branche et les accords interprofessionnels, ce sont les organisations syndicales représentatives et les organisations patronales signataires ou adhérentes qui peuvent solliciter la révision de l'accord jusqu'à la fin du cycle électoral, et toutes les organisations syndicales représentatives ou les organisations patronales de la branche et du niveau interprofessionnel à partir de la fin du cycle.

Le législateur a donc ici manifesté sa volonté d'adapter les règles de la révision aux évolutions de la représentativité, de permettre aux accords d'être adaptés également aux évolutions de leur environnement (16).

Ensuite, concernant la dénonciation des accords et la suppression des avantages individuels acquis, la doctrine s'avère partagée entre contentement par la mise à terme d'une notion floue donnant lieu à beaucoup de contentieux (17), et, à l'inverse, à une incompréhension du retrait d'avantages qui, justement, étaient acquis pour le salarié (18).

La notion d'avantage individuel acquis est désormais remplacée par celle de « *maintien de la rémunération perçue* », ce qui a pour conséquence de réduire considérablement les avantages dont le salarié bénéficiera en cas de mise en cause ou de dénonciation d'un accord qui s'appliquait à lui lorsqu'aucun accord de substitution n'était négocié.

Notons que « *le maintien de la rémunération perçue* » vise une rémunération dont le montant annuel pour une durée de travail équivalente à celle prévue par le contrat de travail ne peut être inférieure à la rémunération versée lors des 12 derniers mois, et que cette rémunération s'entend au sens de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale, ce qui signifie qu'elle concerne l'ensemble des rémunérations entrant dans l'assiette des cotisations, à l'exclusion du rabais excédentaire soumis à cotisations lors de la levée d'une option sur action (L.2261-13 et -14 C. trav.) La

(15) Cass. Soc. 13 février 2013, n°12-18098, Cahiers sociaux, n°250, mars 2013, p.95 ; RDT, n°3, mars 2013, p.155 ; Gaz. Pal., n°81-82, 22 mars 2013, p.18 ; JSL, n°340, 28 mars 2013, p.20 ; JCP. éd. G., n°14, avril 2013, p.664 et p.666 ; RJS, n°4, avril 2013, p.245 ; Cahiers sociaux, n°251, avril 2013, p.128 ; Dr. Soc. n°4, 9 avril 2013, p.374 ; JCP éd. S., n°15, 9 avril 2013, p.35 ; RDT, n°6, juin 2013, p.418 ; JCP. éd. E., n°26, 27 juin 2013, p.46 ; D., n°39, 14 novembre 2013, p.2599 ; SSL, n°1620, 3 mars 2014, p.5 ; JCP éd. G., n°10, 10 mars 2014, p.496 ; LPA, n°117, 12 juin 2014, p.7 ; SSL, n°1645, 29 septembre 2014, p.52 ; D., n°41, 27 novembre 2014, p.2374 ; Dr. Ouv. n°779, juin 2013, p.429.

(16) B. Teysié, La loi n°2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremèment, JCP. éd. G, n°39, 26 septembre 2016, doct. 1019.

(17) B. Teysié, op. cit.

(18) G. Singer, Le volet collectif de la loi travail : les grandes manœuvres de la négociation collective (1), Les cahiers Lamy du CE, n°163, octobre 2016, p.12.

« *durée du travail* » visée par l'article est celle qui est prévue et inscrite au contrat de travail. Les périodes où le salarié travaillerait moins ou, au contraire, plus ne sont pas prises en considération, c'est bien la durée contractuelle qui compte, y compris pour les salariés au forfait (19).

Lorsque l'accord dénoncé ou mis en cause n'a pas été remplacé par un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, le droit au maintien de la rémunération acquise s'applique. Cela concerne les accords à durée indéterminée. En revanche, pour les conventions ou accord à durée déterminée, le maintien de la rémunération acquise ne s'applique pas lorsque le terme de l'accord intervient pendant la période de survie de 15 mois suite à la mise en cause. Par ailleurs, si le terme initialement prévu de l'accord est postérieur à la date à laquelle l'accord cesse de produire ses effets en raison de la mise en cause (c'est-à-dire 15 mois), les salariés conservent leur rémunération jusqu'à la date du terme initial de l'accord.

Enfin, la mise en cause des accords par voie de fusion, cession, scission ou autre modification juridique. Le cédant et le cessionnaire peuvent engager une négociation pouvant aboutir soit à un accord de transition, soit à un accord d'adaptation, qui, dans les deux cas, entreront en vigueur à la date de la fusion, de la cession, etc... Cela modifie sensiblement les règles de la transmission qui avaient parfois pour effet de créer des inégalités entre les salariés de l'entreprise cédante et cessionnaire au sein de cette dernière.

La tension qui peut exister au niveau des relations sociales dans ce type de situation peut rendre les négociations complexes pour les organisations syndi-

cales représentatives, mais l'avantage, par rapport à l'ancien dispositif, est celui de l'anticipation, car les salariés connaissent par avance, et non à l'issue du délai d'un an, les règles auxquelles ils seront soumis ultérieurement. Il en va de même pour l'entreprise cessionnaire, qui aura alors parfaitement connaissance du contenu et des modalités d'application des accords collectifs qui s'appliqueront une fois l'opération effective.

Ainsi, un accord de transition possède une durée qui ne peut excéder 3 ans. Il s'applique à l'exclusion des stipulations ayant le même objet que les accords applicables dans l'entreprise cessionnaire, ce qui signifie que le principe de faveur est ici évincé. Cette éviction est valable pour les salariés de l'entreprise cédée, ainsi que ceux de l'entreprise cessionnaire, qui ne pourront bénéficier des dispositions de l'accord de substitution qui leur seraient plus favorables. À l'issue des 3 ans, ce sont les accords de l'entreprise où les contrats de travail ont été transférés qui s'appliquent (L. 2261-14-2 C. trav.)

Pour les accords dits d'adaptation, qui se substituent aux accords et révisent ceux applicables chez le cessionnaire, la négociation a lieu avec les organisations syndicales représentatives des deux entreprises (L. 2261-14-3 C. trav.)

Le cadre de la méthode de la négociation collective est posé ; le législateur s'est voulu confiant envers les partenaires sociaux, leurs laissant la possibilité de se saisir des bonnes pratiques plutôt que de les y contraindre et leur accordant davantage de latitude dans l'adaptation des accords à l'environnement dans lequel ils évoluent. Le temps de la conclusion des accords a également été réformé, de nouvelles règles sont posées.

II. Encadrer la conclusion des conventions et accords collectifs de travail (I.K.)

Au-delà de moraliser un peu plus le processus de négociation des accords collectifs, la loi « Travail » du 8 août 2016 donne sa véritable consistance au principe de conclusion majoritaire des accords d'entreprise.

Cette double évolution confère une véritable légitimité aux accords collectifs (20) et se traduit dans les différents modes de négociation, qu'elle se noue avec les organisations syndicales représentatives ou, à défaut, avec les élus ou des salariés mandatés.

A. Le principe de conclusion majoritaire avec les organisations syndicales représentatives

Le principe de conclusion majoritaire a été introduit par la loi du 4 mai 2004 (21) et se déclinait selon deux logiques. Les partenaires sociaux pouvaient choisir entre majorité d'engagement ou d'opposition. Or, cette majorité pouvait se calculer en nombre de syndicats représentatifs signataires ou au vu des voix

(19) J.-F. Césaro, « Révisions, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016 », JCP. éd. S, n° 36, 13 septembre 2016, 1301.

(20) J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », Dr. Soc., op. cit.

(21) Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n°105 du 5 mai 2004, p. 7983.

recueillies par ces derniers aux élections professionnelles (22).

Par la loi du 20 août 2008 (23), le législateur a réformé la représentativité syndicale (24) et simplifié le principe de conclusion majoritaire, en imposant que tout accord soit conclu par les organisations syndicales représentatives ayant obtenu 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles de comité d'entreprise, de délégation unique du personnel ou, à défaut, de délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et qu'il n'y ait pas eu d'opposition de la part des syndicats représentatifs non signataires ayant obtenu 50 % des suffrages aux mêmes élections.

En doctrine, il était déjà évoqué l'idée d'instaurer une véritable majorité d'engagement à hauteur de 50 % (25). C'est cette idée que consacre la loi « Travail » du 8 août 2016 pour les accords collectifs d'entreprise.

À ce titre, l'article L.2232-12 du Code du travail prévoit qu'un accord d'entreprise est valablement conclu dès lors qu'il a été signé, par l'employeur ou son représentant et par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants.

Pour éviter tout risque de blocage, le nouvel article L. 2232-12 prévoit deux solutions.

D'une part, le calcul des 50 % doit se faire uniquement sur le nombre de suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives, ce qui évite le morcellement des voix lorsqu'il existe dans l'entreprise un nombre importants de syndicats non représentatifs.

D'autre part, et surtout, le législateur a ménagé une « issue de secours » lorsque cette majorité de 50 % n'est pas atteinte. En effet, le second alinéa de l'article L.2232-12 prévoit que si l'accord n'est pas signé par les organisations syndicales représentant

50 % des salariés, mais par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés, une ou plusieurs de ces organisations peuvent, dans un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord, solliciter l'organisation d'un référendum.

Lorsque la consultation est sollicitée, cette dernière doit être organisée dans le délai de 2 mois, dans le respect des principes généraux du droit électoral, et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et les organisations signataires. À l'issue de cette consultation, si l'accord a recueilli l'approbation majoritaire des salariés, il est validé et entre en vigueur. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

Il résulte de la combinaison des nouvelles dispositions telles qu'issues de la loi « Travail » du 8 août 2016 et de la réforme de la représentativité syndicale opérée par la loi du 20 août 2008 une légitimité importante des accords collectifs d'entreprise, du fait d'une double vérification électorale (26).

En effet, les accords collectifs ne peuvent être négociés et signés que par des organisations syndicales ayant fait la preuve de leur représentativité au regard des 7 critères fixés par l'article L.2121-1 du Code du travail, et ayant recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles. L'accord n'est valable que s'il a été signé par une ou plusieurs de ces organisations représentatives totalisant au moins 50 % des suffrages exprimés.

En imposant cette double vérification de légitimité (représentativité prouvée et principe de conclusion majoritaire), que l'accord soit plus ou moins favorable, dérogatoire, donnant-donnant ou de maintien de l'emploi, il reflète la volonté de la majorité des salariés et ne peut donc être remis en cause ni par ses signataires, ni par la collectivité au sein de laquelle il a vocation à s'appliquer.

B. Le principe de conclusion majoritaire avec les élus et les mandatés

Le principe majoritaire tel que prévu par la loi « Travail » du 8 août 2016 se décline également dans

(22) Sur la complexité du dispositif de 2004, cf. J.-E. Ray, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. Soc.* 2004, p. 590.

(23) Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n°0194 du 21 août 2008, p. 13064.

(24) Concernant la représentativité syndicale, la loi du 20 août 2008 met fin au système de représentativité présumée pour y substituer une représentativité prouvée sur la base de 7 critères renouvelés laissant une place centrale à l'audience, c'est-à-dire au nombre de voix recueillies par chaque organisation syndicale aux élections professionnelles.

(25) G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges Despax*, 2002, p. 429 ; F. Saramito, « À la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. Ouv.* 2000, p. 428 ; G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. Soc.* 2003, p. 355 ; J.-E. Ray, « Du droit d'opposition à l'accord majoritaire : vers un grand chambardement », *Liaisons sociales mag.*, octobre 2007, p. 66.

(26) G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », *op. cit.*

la conclusion des accords négociés avec les représentants élus du personnel ou les salariés mandatés lorsque l'entreprise ne comporte aucune représentation syndicale.

Préalablement à l'adoption de la loi du 8 août 2016, il existait plusieurs modalités de conclusion des accords selon qu'ils étaient négociés avec les représentants élus ou les salariés mandatés (27).

La loi *Rebsamen* du 17 août 2015 (28) a souhaité donner plus de « maîtrise » aux organisations syndicales, en privilégiant la négociation avec des élus mandatés par une organisation syndicale représentative et en permettant la négociation avec des élus non mandatés uniquement à titre supplétif.

Si les accords négociés avec les représentants élus mandatés devaient être approuvés par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, ceux négociés avec les élus non mandatés devaient être expressément approuvés par une commission paritaire de branche (29).

Les accords négociés avec des salariés mandatés devaient également être validés par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Toutefois, leur champ avait été limité aux mesures dont la mise en œuvre nécessitait un accord collectif.

La loi « Travail » simplifie considérablement les règles applicables à ces accords. Elle fixe des conditions de validité communes, qu'il s'agisse d'accord négociés avec des élus ou des salariés mandatés.

Concernant la négociation avec les élus, l'article L.2232-21 du Code du travail opère une distinction selon que les négociateurs ont été mandatés ou non par une organisation syndicale représentative de branche ou, à défaut, interprofessionnelle.

Lorsqu'un accord est signé avec un représentant élu ayant été mandaté par un syndicat représentatif de branche (ou, à défaut, interprofessionnel), ce dernier est valable s'il a été approuvé par la majorité des salariés lors d'un référendum organisé dans le respect des principes généraux du droit électoral.

Si les négociateurs élus n'ont pas été mandatés par une organisation syndicale représentative de branche (ou interprofessionnelle), l'accord négocié n'est valable que si les signataires ont obtenu la majorité

des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles.

Par ailleurs, il est important de noter que lorsque les élus n'ont pas obtenu de mandat de la part d'un syndicat représentatif, les accords collectifs qu'ils signent ont un contenu limité. En effet, leur champ d'intervention est limité aux mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs mentionnés à l'article L.1233-21, à savoir les accords collectifs aménageant les règles de consultation d'information du comité d'entreprise en cas de licenciement économique.

Concernant les accords négociés et signés avec des salariés mandatés, la loi « Travail » ouvre le champ de cette négociation à tous les thèmes sur lesquels la négociation peut exister (30).

De plus, l'article L.2232-27 du Code du travail prévoit également que « *L'accord signé par un salarié mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral* ».

La loi « Travail » pose une certaine articulation entre principe de conclusion majoritaire et référendum. Le recours à la consultation directe des salariés est envisagé uniquement comme le complément du principe majoritaire (pour éviter les blocages en cas d'absence de majorité) ou lorsque ce dernier n'est pas praticable (entreprises dépourvues de toute représentation syndicale).

Ces modifications étaient nécessaires dans un contexte où l'accord organisationnel, potentiellement moins favorable ou donnant-donnant, domine (31).

Demeure la question des accords et conventions de branche et interprofessionnels, qui restent soumis aux anciennes règles issues de 2008 et 2010 et qui feront certainement, à terme, l'objet d'un alignement sur les conditions de négociation applicables au sein de l'entreprise. Toutefois, pour éviter un bouleversement des pratiques actuelles, la loi du 8 août 2016 a prévu une entrée en vigueur progressive de ses dispositions selon le thème de l'accord (32).

Mathilde Caron et Ioannis Kappopoulos

(27) J. Savatier, « Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés », Dr. soc. 1998, p. 330 ; B. Teyssié, « La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », D. 2004, p. 2383.

(28) Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO du 18 août 2015, art.21.

(29) La loi du 17 août 2015 supprime donc l'approbation tacite par la commission paritaire de branche telle qu'instituée par la loi du 20 août 2008.

(30) Cf. article L. 2232-24-1 C. trav.

(31) I. Kappopoulos, *Un nouveau droit de la négociation collective. Essai sur la négociation organisationnelle*, thèse doctorat, Université Lille Nord de France, 2010, p. 265.

(32) Les nouvelles règles de conclusion des accords d'entreprise sont applicables :
- immédiatement en ce qui concerne l'accord d'entreprise conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi (C. trav., art. L. 2254-2) ;
- à compter du 1^{er} janvier 2017 pour les accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés ;
- à compter du 1^{er} septembre 2019 pour les autres accords.