

L'ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL APRÈS LA LOI EL KHOMRI

II. L'accord collectif et l'entreprise

Accords collectifs et entreprises à structures complexes

par Gilles AUZERO, Professeur à l'Université de Bordeaux,
Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (UMR 5114)

PLAN

I. Les règles relatives à la négociation et à la conclusion des accords

- A. Le périmètre de la négociation
- B. Les acteurs de la négociation

II. Les règles gouvernant l'application des accords

- A. L'articulation avec des normes de niveau supérieur
- B. Articulation avec les normes de niveau inférieur

La complexité affectant une entreprise peut être « descendante » ou « ascendante ». Dans la première hypothèse, qui renvoie à la figure très classique de l'entreprise divisée en établissements distincts, celle-ci dispose d'une structure complexe. Dans le second cas, l'entreprise appartient à une structure complexe (1). La complexité se traduit ici par diverses situations. Tout d'abord, l'entreprise peut, avec d'autres, composer un groupe ou une unité économique et sociale (UES) (2). Ensuite, l'entreprise peut relever de ce qu'il est convenu d'appeler un réseau, fondé sur des relations de nature contractuelle l'unissant à d'autres entités (3).

Si la possibilité de conclure un accord collectif dans une entreprise divisée en établissements distincts n'a jamais été discutée, il en a été différemment dans les autres hypothèses énumérées. Sans doute la difficulté découlait-elle du fait que les ensembles en cause sont composés d'entités juridiquement distinctes. Tout le problème était dès lors de savoir si une pluralité d'employeurs pouvait se concilier avec une norme conventionnelle commune. On sait que la difficulté a été résolue par le législateur lui-même, pour ce qui est des conventions et accords collectifs de groupe, puisqu'une loi du 4 mai 2004 est venue les doter d'une base légale (4).

Opportune et nécessaire, cette intervention législative est vite apparue insuffisante, dans la mesure où elle ne réglait aucunement l'ensemble des difficultés suscitées par les conventions et accords collectifs de groupe, spécialement au stade de leur application (5). Au-delà, il était regrettable que le législateur n'ait, à cette occasion, pas envisagé la négociation susceptible d'être menée au sein d'une UES. Evoquée par le Code du travail (6), celle-ci reste dépourvue d'un régime juridique propre. Il est vrai que dans la mesure

où l'on se plaît à assimiler l'UES à l'entreprise, on pouvait considérer que les règles énoncées pour la négociation menée au niveau de celle-ci valaient pour la négociation ouverte dans le périmètre de celle-là. Mais il pouvait tout aussi bien être soutenu que l'UES regroupant, à l'instar du groupe, une pluralité de personnes morales distinctes, ce sont les règles de la négociation de groupe qui devaient lui être appliquées.

(1) Ces deux « complexités » peuvent, évidemment, se superposer.

(2) Voire même appartenir à l'un et l'autre, étant rappelé qu'un groupe peut comporter une ou plusieurs unités économiques et sociales.

(3) V., sur la question, la thèse référence de Mme Elsa Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, Bibl. de droit social, 2008, Tome 45, Préf. A. Lyon-Caen.

(4) Rappelons, qu'antérieurement, de rares dispositions légales éparpillées avaient accordé une place aux conventions et accords collectifs de groupe, essentiellement dans le domaine de l'épargne salariale. En outre, la négociation de groupe avait reçu une forme de consécration jurisprudentielle, peu de temps avant l'intervention du législateur : Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027, Dr. soc. 2003, p. 732, note B. Gauriau, Dr. Ouv. 2003, p. 398, n. M.-F. Bied-Charreton.

(5) Insuffisances très tôt pointées par la doctrine. V., notamment, P.-H. Antonmattéi, La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe, satisfaction et interrogations, Dr. soc. 2004, p. 601 ; G. Auzero, La vie des conventions et accords collectifs de groupe, RDT 2006, p. 230 ; G. Couturier, Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 79 ; B. Teyssié, Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe, Dr. soc. 2005, p. 643. Adde, J.-F. Césaró, La négociation collective dans les groupes de sociétés, Dr. soc. 2010, p. 780 ; R. Vatinet, Négociation d'entreprise et négociation de groupe, JCP S 2012, 1238.

(6) Cf. l'art. L. 3324-8 relatif à la réserve spéciale de participation.

Il n'est guère besoin d'aller plus avant pour se rendre compte que, malgré l'intervention du législateur, nombreuses étaient les zones d'ombre qui continuaient d'entourer la négociation collective ouverte dans les entreprises appartenant à des structures complexes. Partant, et dans la mesure où il ne saurait être discuté qu'il peut y avoir en pratique intérêt à ce que des conventions et accords soient conclus dans ces périmètres (7), on ne peut qu'être satisfait que le législateur ait remis le métier sur l'ouvrage à l'occasion de la loi du 8 août 2016.

Afin de redynamiser le dialogue social dans les groupes, le législateur a, au premier chef, souhaité clarifier le régime juridique des accords de groupe et renforcer leur portée (8). Il ne s'en est cependant pas tenu là, puisque la loi précitée marque aussi l'avènement, dans notre droit positif, des accords interentreprises. L'innovation doit être saluée, car elle donne une assise légale aux accords conclus dans les

réseaux d'entreprises. Mais si la satisfaction peut être ici de mise, la loi *El Khomri* ne lève pas toutes les interrogations et en fait même naître de nouvelles. Cela était, sans doute, inéluctable. D'une part, en raison de l'institution d'un dispositif entièrement nouveau et, d'autre part, parce que les dispositions relatives aux accords collectifs de groupe et interentreprises sont à mettre en relation avec un changement autrement plus profond visant, pour faire simple, à donner une plus large place aux accords d'entreprise.

Mais, compte tenu de cela, on aurait pu s'attendre à ce que le législateur se montre plus précis relativement aux accords intervenants dans des périmètres plus vastes que l'entreprise. Il n'en demeure pas moins que les apports de la loi du 8 août 2016 sont, à cet égard, importants. Ils intéressent tant les règles relatives à la négociation et à la conclusion des accords collectifs dans ces périmètres (I) que celles qui gouvernent leur application (II).

I. Les règles relatives à la négociation et à la conclusion des accords

Pour ce qui est de la négociation et de la conclusion des accords collectifs, ce sont les entreprises relevant d'une structure complexe, qui sont concernées par la loi du 8 août 2016, à l'exclusion des entreprises divisées en établissements distincts. À cet égard, le législateur a surtout envisagé les acteurs de la négociation (B). Mais, en dépassant la lettre des textes, la réforme invite d'abord à porter le regard sur le périmètre de la négociation (A).

A. Le périmètre de la négociation

Postérieurement à l'adoption de la loi du 4 mai 2004, une importante interrogation était née relativement aux frontières du groupe visé par l'article L. 2232-30 du Code du travail. Prenant acte du fait que l'article L. 2232-31 fait référence à la notion « *d'entreprise dominante* », l'Administration concluait qu'il était renvoyé de la sorte à la définition prévue à l'article L. 2331-1, qui dispose qu'un groupe est formé par une entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante (9). Une telle interprétation pouvait cependant être discutée (10) et il était tout à fait concevable que le groupe au sens de

l'article L. 2232-30 puisse être plus largement entendu.

Alors mêmes que les textes précités n'ont pas été modifiés par la loi du 8 août 2016, d'autres changements apportés par la réforme peuvent laisser à penser que c'est l'interprétation de l'Administration qui doit être définitivement retenue. En effet, ainsi qu'il a été souligné, l'avènement de la négociation interentreprises « *confirme que c'est le groupe, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, qui est concerné par les conventions et accords de groupe organisés par les articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail, sinon la reconnaissance législative des accords interentreprises n'aurait pas d'intérêt* » (11).

Cette interprétation nous paraît être la bonne. La consécration des accords interentreprises commande de retenir une conception stricte du groupe entendu comme périmètre de négociation ; conception qui ne peut se dessiner qu'en contemplation des critères énoncés par l'article L. 2331-1 du Code du travail. Cela est d'autant plus admissible que ce texte impose de retenir une approche du groupe plus large que celle de groupe de sociétés *stricto sensu*. Pour reprendre une formule de la Cour de cassation, « *le périmètre du groupe à prendre en considération (...) est l'ensemble*

(7) Ce dont témoigne la signature régulière d'accords collectifs au niveau des groupes, même si ces derniers restent en nombre relativement restreint. Ainsi, selon l'étude d'impact accompagnant la loi *El Khomri*, 781 « accords ou avenant de groupe » ont été signés en 2014 (soit 2 % de l'ensemble des accords et avenants). On en dénombrait 633 en 2013, 506 en 2012, 496 en 2011 et 440 en 2010.

(8) V. en ce sens, l'étude d'impact préc.

(9) Circ. 22 sept. 2004, fiche n° 5, JO 31 oct. 2004.

(10) J.-F. Césaro, art. préc., §§ 5 et s. ; B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2016, §§ 1690.

(11) P.-H. Antonmattéi, A propos des périmètres de négociation de l'entreprise après la loi *El Khomri*, Sem. soc. Lamy 2017, n° 1751, p. 3, spéc. p. 4.

des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail » (12).

Assurant une certaine unité dans la conception du groupe en droit du travail, l'approche précitée conduit à faire du groupe, comme périmètre de négociation, une notion objective, déterminée par la loi et, le cas échéant, le juge (13). Ce faisant, le groupe préexisterait nécessairement à l'accord conclu dans ce périmètre. Mais, conformément aux prescriptions de l'article L. 2232-30 du Code du travail, ses parties signataires resteraient en mesure de fixer « son champ d'application, constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe » (14).

Appelés à coexister, au moins dans la loi, avec les accords de groupe, les accords interentreprises englobent-ils les accords conclus dans un autre périmètre, à savoir celui de l'UES ? Faute, pour le législateur, de les avoir dotés d'un régime légal autonome, on est tenté de l'admettre. L'incertitude est toutefois de mise ici. À dire vrai, celle-ci ne nous paraît concerner que les UES dans lesquelles les syndicats représentatifs ont procédé à la désignation de délégués syndicaux au niveau de chacune des entreprises qui la composent (15). Un accord collectif conclu au niveau de cette UES relève-t-il, faute de pouvoir être qualifié d'accord d'entreprise, de la catégorie des accords de groupe ou des accords interentreprises ? (16)

Compte tenu de ce qui a été dit précédemment, une réponse simple peut être apportée à cette interrogation. Si les sociétés entrant dans le périmètre de négociation sont unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, il ne peut que s'agir d'un accord de groupe et non d'un accord interentreprises. Mais, en ce cas, ce n'est pas une UES qui est en réalité concernée, mais un groupe au sens du texte précité et il convient alors d'attribuer au groupement la qualification commandée par la

loi (17). La difficulté en la matière découle du fait que la Cour de cassation semble vouloir retenir l'existence d'une UES là où, en réalité, c'est plutôt un groupe qui se donne à voir (18).

B. Les acteurs de la négociation

Si la loi du 8 août 2016 apporte quelques précisions relativement à l'acteur syndical, elle a laissé dans l'ombre l'acteur patronal. Pour ce qui est de la négociation de groupe, ce dernier reste, comme avant, « l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord » (19). Alors même que le texte paraît bien être en ce sens (20), nous persistons à penser que la reconnaissance d'un mandat légal au profit de l'entreprise dominante reste problématique (21), ne serait-ce que parce que cela revient à admettre que le choix de la personne des représentants soit, au final, abandonné au représentant (22). Cela est d'autant plus problématique que, comme nous le verrons plus avant, l'accord conclu au niveau du groupe est désormais en mesure de produire des effets autrement plus importants qu'avant.

En tout état de cause, il nous semble qu'au stade de la négociation, l'entreprise dominante ne peut agir que pour le compte de l'ensemble des entreprises du groupe ; notion dont on a vu qu'elle doit faire l'objet d'une approche objective. Si, dès l'ouverture des négociations, l'entreprise dominante n'entend œuvrer que pour le compte de certaines des entités du groupe, la représentation conventionnelle doit être privilégiée. De façon plus concrète, on peine à imaginer que l'entreprise dominante s'engage dans des négociations sans rien connaître de la situation économique et sociale des entités qu'elle domine (23).

Les difficultés suscitées par l'institution d'une représentation légale ne se retrouvent pas pour la négociation interentreprises, puisque

(12) On aura reconnu ici le motif de principe énoncé dans deux importants arrêts rendus le 16 novembre 2016 par la Chambre sociale de la Cour de cassation : Soc., 16 nov. 2016, n° 15-15.190 et 14-30.063, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1745, p. 10, avec le rapp. de Mme Sophie Depelley. Adde G. Auzero, A la recherche des moyens du groupe, RJS 3/17, p. 187.

(13) Pour une approche différente, v. B. Teyssié, ouvrage préc., § 1691.

(14) Sur cette question, v. *infra*.

(15) Dans le cas où les délégués syndicaux ont été désignés au niveau de l'UES, celle-ci doit être assimilée à une entreprise et les accords conclus à ce niveau être regardés comme des accords d'entreprise. V., dans le même sens, B. Teyssié, ouvrage préc., § 1689. Sur les difficultés posées par la négociation au sein d'une UES en matière de négociation annuelle obligatoire, v. nos obs. ss. CA Orléans, 13 déc. 2016, Les Cah. sociaux, févr. 2017, p. 84.

(16) Le choix est important car, nous le verrons dans la seconde partie, ces accords ne produisent pas exactement les mêmes effets.

(17) Il peut en effet arriver qu'exceptionnellement les notions d'UES et de groupe soient simultanément identifiables entre les mêmes entités. V., sur la question, R. Vatinet, note ss. Soc. 25 janv. 2006, JCP S 2006, 1281.

(18) Constat qui, procédant, d'une décision isolée de la Cour de cassation doit, de ce fait, être relativisé. Il reste à espérer que cette décision ne fasse pas l'objet d'une confirmation. V., sur la question, G. Auzero, Mystérieuse unité économique, RJS 4/16, p. 267.

(19) C. trav., art. L. 2232-31.

(20) B. Teyssié, ouvrage préc., § 1694 ; J.-F. Césaró, art. préc., § 8.

(21) G. Auzero, art. préc., RDT 2006, p. 230.

(22) Rappelons en effet qu'il appartient à la convention de groupe et, donc, à l'entreprise dominante de fixer son champ d'application, constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe.

(23) V. aussi en ce sens, J. -F. Césaró, op. et loc. cit.

l'article L.2232-36 du Code du travail se borne à viser « les employeurs ». Partant, est seule envisageable dans ce cas la représentation conventionnelle, si tant est que les représentants de chacune des personnes morales employeurs ne souhaitent pas participer personnellement à la négociation.

Pour rester sur la négociation interentreprises, et en envisageant maintenant l'acteur syndical (24), sont appelées à participer à la négociation « les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises concernées » (25). Ainsi que le précise l'article L.2232-37 du Code du travail, la représentativité des organisations syndicales dans le périmètre de l'accord est appréciée « par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés lors des dernières élections précédant l'ouverture de la première réunion de négociation ». Comme il a été exactement relevé (26), c'est donc la méthode du « fil de l'eau » qui, par souci de simplicité, a été ici privilégiée.

Ce souci ne se retrouve malheureusement pas pour la négociation de groupe. Si la représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe continue d'être appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés, l'article L.2122-4 du Code du travail, modifié sur ce point par la loi *El Khomri*, exige de distinguer deux situations. En application de l'alinéa 2^{ème} de ce texte, « si le périmètre des entreprises ou établissements compris dans le champ d'un accord de groupe est identique à celui d'un accord conclu au cours du cycle électoral précédant l'engagement des négociations, la représentativité des organisations syndicales est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans ces entreprises ou établissements soit pour le cycle en cours, lorsque les élections se sont tenues à la même date, soit lors des dernières élections intervenues au cours du cycle précédant le cycle en cours, lorsque les élections se sont tenues à des dates différentes ».

On admettra qu'il est difficile de faire pire. On comprend, certes, que le législateur a eu en vue la situation dans laquelle l'accord nouvellement négocié

a vocation à s'appliquer dans le même périmètre que l'ancien, plus exactement de l'accord conclu durant le cycle électoral précédant. La difficulté consistera à fixer précisément ce cycle électoral, principalement parce que chacune des entités du groupe aura, en règle générale, son propre cycle électoral (27). Pour le reste, on peine à concevoir que les élections aient lieu à la même date dans chacune des entités du groupe.

Dans le cas contraire à celui qui vient d'être évoqué, et c'est là la seconde situation visée par l'article L.2122-4, « la représentativité est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus lors des dernières élections organisées dans les entreprises ou établissements compris dans le périmètre de l'accord ». Cette hypothèse se laisse plus facilement concevoir que la précédente, ce qui pourrait conduire à ce qu'une entreprise concernée par l'accord signé antérieurement soit exclue du champ d'application de l'accord nouvellement conclu ou que ce dernier s'applique à une entreprise qui n'était pas visée par le précédent...

Cela étant précisé, il va de soi que la représentativité des organisations syndicales devra être appréciée lors de l'ouverture des négociations, auxquelles devront être convoquées toutes les organisations représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord. Mais, qu'advient-il si, par exemple, le périmètre envisagé au départ est plus large que celui défini par l'accord conclu (28)? Il est possible que certaines organisations qui, n'ayant pas été convoquées à la négociation faute d'être représentatives dans le périmètre initialement pris en compte, le soient dans le périmètre défini par l'accord de groupe. L'absence d'identité entre les entreprises initialement visées par la négociation et celles finalement soumises à l'accord pourrait ainsi s'avérer problématique (29), y compris d'ailleurs s'agissant de la mise en œuvre de l'exigence majoritaire, à laquelle tous les accords de groupe seront, à terme, soumis, au même titre que les accords interentreprises (30).

Cette exigence majoritaire, dont on sait qu'elle a vocation à assurer la légitimité de la norme conven-

(24) Nous partageons l'opinion formulée par le Professeur Teyssié à propos de la négociation de groupe, selon laquelle il est exclu que la négociation puisse être menée avec des élus du personnel ou des salariés mandatés (ouvrage préc., § 1699). Nous n'évoquons pas ici la question de la représentation de l'acteur syndical, qui n'est pas envisagée par la loi *El Khomri*. Pour des développements sur la question, v. l'ouvrage préc. de B. Teyssié, §§ 1698 et s.

(25) C. trav., art. L.2232-36.

(26) P.-H. Antonmattéi, art. préc., p. 4.

(27) P.-H. Antonmattéi, ibid.

(28) Il faut, à nouveau, rappeler qu'en vertu de l'article L.2232-30, la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe.

(29) Dichotomie que le mandat légal (*a priori*) reconnu à l'entreprise dominante est de nature à faciliter.

(30) On aura donc compris que ces accords ne font pas exception à l'exigence majoritaire instituée par la loi du 8 août 2016. V. les art. L.2232-34 et L.2232-38 qui disposent, à l'identique, que les taux de 30 % et de 50 % sont appréciés à l'échelle de l'ensemble des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de l'accord et que la consultation des salariés, le cas échéant, est également effectuée dans ce périmètre.

tionnelle, prend d'autant plus de sens ici que la loi du 8 août 2016 permet aux accords conclus dans des entreprises à structure complexe de produire de

rigoureux et peu ordinaires effets. C'est ce que nous allons voir en envisageant les règles qui gouvernent l'application de ces accords.

II. Les règles gouvernant l'application des accords

Compte tenu des zones d'ombre qu'avait laissées subsister la loi de 2004, mais aussi en raison des changements profonds apportés relativement au rôle des conventions et accords collectifs d'entreprise, étaient attendus du législateur des éclaircissements quant à l'application des conventions et accords de groupe. Le moins que l'on puisse dire est que les espoirs ne sont pas ici déçus. La valeur normative de ces accords et, avec eux, celle des accords interentreprises sort renforcée de la loi du 8 août 2016. Cela se vérifie tant du point de vue de leur articulation avec des normes de niveau supérieur (A), qu'avec des normes de niveau inférieur (B).

A. L'articulation avec des normes de niveau supérieur

Modifié par la loi du 8 août 2016, l'article L. 2232-33 dispose désormais, dans un alinéa 1^{er}, que « *l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations prévues à la présente section* ». En adoptant une interprétation très restrictive de ce texte, il pourrait être avancé qu'il autorise uniquement que la négociation annuelle obligatoire soit menée au niveau du groupe et non pas seulement au niveau de l'entreprise (31). Une autre interprétation est cependant permise : dès lors qu'un texte de loi vise une convention ou un accord d'entreprise, la disposition précitée permet qu'une convention ou un accord de groupe soit conclu à sa place (*ie* avec les mêmes effets). De cette interprétation, deux conséquences importantes peuvent être déduites.

En premier lieu, à l'instar d'une convention ou d'un accord d'entreprise (32), un accord de groupe peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu

d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement. Le fait que la loi du 8 août 2016 ait supprimé la règle selon laquelle un accord de groupe ne pouvait déroger à un accord de branche ou professionnel qu'avec son autorisation expresse (33) laisse à penser que c'est désormais ainsi que doit se régler l'articulation entre ces normes conventionnelles (34). Remarquons que ce changement de perspective ne devrait pas gommer les difficultés à articuler l'accord conclu au niveau du groupe avec les conventions de branche qui, compte tenu de l'activité des différentes entités le composant, peuvent être plurielles et, de ce fait, autoriser ou pas la dérogation (35).

En second lieu, puisque l'ensemble des négociations prévues par le Code du travail au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe, il semble bien que, dans le domaine de la durée du travail et des congés, où s'applique désormais une « nouvelle architecture des règles », l'accord de groupe puisse produire les mêmes effets que l'accord d'entreprise, c'est-à-dire prévaloir sur l'accord de branche et les dispositions légales. Compte tenu de la généralité de la formule de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2232-33, il ne paraît, en effet, plus nécessaire que la loi fasse explicitement référence à un accord de groupe lorsqu'elle renvoie à la conclusion d'un accord d'entreprise. Mais, on ne peut alors qu'être étonné que, dans au moins un cas, le législateur mentionne expressément l'accord de groupe aux côtés de l'accord d'entreprise (36)...

Pour autant, on comprendrait mal que dans les domaines en cause, l'accord de groupe ne puisse pas avoir la même valeur que l'accord d'entreprise alors que, par ailleurs, la loi permet désormais au premier de se substituer purement et simplement au second.

(31) Selon la circ. du 22 sept. 2004 (préc.) les obligations annuelles ou pluriannuelles de négocier dans l'entreprise continuaient de relever du niveau de l'entreprise. On remarquera que dans le rapport fait au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi *El Khomri*, M. Sirugue présente le texte commenté après avoir rappelé cette position de l'administration ; ce qui peut accréditer l'interprétation restrictive, tout comme le fait que les deux alinéas suivants de l'article L. 2232-33 intéressent la négociation annuelle obligatoire.

(32) C. trav., art. L. 2253-3.

(33) C. trav., anc. art. L. 2232-35.

(34) V. nettement en ce sens, B. Teyssié, ouvrage préc., § 1720. V. aussi J. Crédoz-Rosier et J. Grangé, *La véritable consécration de la négociation de groupe par la loi travail*, Cah. soc. 2016, n° 292, p. 45.

(35) On observera que, nonobstant l'absence de « clause de verrouillage » dans l'accord de branche, l'accord de groupe sera insusceptible de comporter des dérogations aux six matières visées par l'article L. 2253-3 et devra respecter « l'ordre public conventionnel » défini par chaque branche.

(36) V., par ex., l'art. L. 3122-19.

On remarquera, enfin, que la règle énoncée par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2232-33 du Code du travail n'a pas été étendue à l'accord interentreprises. Par suite, un tel accord ne saurait produire, ni les mêmes effets qu'un accord d'entreprise pour ce qui est de la mise en œuvre de la « nouvelle architecture des règles », ni ceux d'un accord de groupe, s'agissant de la dérogation aux accords de branche. En revanche, le législateur a réservé, au moins en partie, un traitement identique aux accords interentreprises et de groupe pour ce qui est de leur articulation avec les normes de niveau inférieur.

B. Articulation avec les normes de niveau inférieur

La conclusion d'un accord collectif dans une entreprise à structure complexe participe, entre autres objectifs, de la volonté d'assurer une certaine cohérence entre les statuts sociaux des salariés des différentes entités qui entrent dans son champ d'application. Or, il est évident que la poursuite de cet objectif peut être difficile, voire complètement déjouée, par la conclusion d'accords collectifs à des niveaux inférieurs, qui vont entrer en concours avec l'accord conclu au niveau supérieur. Conscient de ces difficultés, le législateur s'est employé à les résorber.

Désormais, tant l'accord collectif de groupe (art. L. 2253-5), que l'accord interentreprises (art. L. 2253-7), mais aussi l'accord d'entreprise (art. L. 2253-6) peuvent prévoir expressément que leurs stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de ces accords. Le changement est radical (37). Là où, antérieurement, il était question d'articuler des normes conventionnelles en situation de concours, il est désormais permis à l'une d'entre elles ou, plus exactement, à ses parties signataires de rayer d'un trait de plume celles qui ont été conclues ou qui viendraient à être conclues à un niveau inférieur. C'est dire que certaines manifestations de volonté sont plus puissantes que d'autres (38).

Côté employeur, un tel effet ne fait guère de difficulté lorsqu'un accord d'entreprise vient se substituer aux accords d'établissement puisque, en tout état de cause, c'est une seule et même personne morale qui concentre entre ses mains les pouvoirs (39). Les accords interentreprises et de groupe nous paraissent relever d'une autre problématique, compte tenu du fait qu'ils ont vocation à s'appliquer au sein de personnes morales distinctes. À dire vrai, c'est surtout l'idée d'un mandat légal conféré à l'entreprise dominante pour la négociation d'un accord de groupe qui interroge à nouveau. Dans la mesure où, comme il a été dit, l'accord de groupe fixe son champ d'application, c'est à cette entreprise que reviendrait le choix des entités dans lesquels l'accord produirait l'effet radical en cause ici.

Du côté de la partie salariale, la situation est, *a priori*, différente puisque n'est pas en cause une représentation de personnes. Cela étant, et comme l'a explicitement signifié la Cour de cassation, les salariés participent directement, par leur vote, à l'habilitation des organisations syndicales représentatives en charge de la négociation des accords collectifs (40). C'est ici l'occasion de rappeler que le droit à la négociation collective est un droit individuel qui n'est donc exercé par les syndicats que par délégation. Or, les salariés ne risquent-ils pas de se sentir déposséder de leur droit si, par l'effet d'un accord conclu à un niveau élevé, il n'est plus question de négociation dans un périmètre plus proche d'eux ? À tout le moins, il pourrait en aller ainsi si les organisations syndicales « habilitée » dans le périmètre de proximité sont différentes de celles qui négocient à un niveau plus éloigné (41).

Ces considérations prennent d'autant plus de relief lorsque l'accord de groupe, interentreprises ou entreprise déclare se substituer aux accords antérieurs ayant le même objet conclus au niveau des entreprises ou établissements. Dans cette hypothèse, dès lors que l'on admet que la force obligatoire des contrats est constitutionnellement garantie (42), les dispositions légales en cause résisteraient-elles à une question prioritaire de constitutionnalité ? On se gardera, avec d'autres, de répondre par la négative (43).

(37) Sur le sens profond de ce changement, v. Fl. Canut et F. Géa, Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038, spéc., p. 1047.

(38) On comprend, à cet égard, pourquoi l'article L. 2232-32 du Code du travail commande que les organisations syndicales de salariés représentatives dans chacune des entreprises ou chacun des établissements compris dans le périmètre de l'accord de groupe soient informées préalablement de l'ouverture d'une négociation dans ce périmètre. Il est curieux que semblable obligation n'ait pas été étendue aux accords interentreprises.

(39) A tout le moins en va-t-il ainsi lorsque les établissements distincts sont dépourvus de la personnalité juridique. Partant, c'est à nouveau l'unité économique et sociale, comme périmètre

de négociation, qui fait à nouveau problème. Ce dernier paraît cependant pouvoir être résolu de la même manière que précédemment, selon que l'accord conclu à ce niveau peut, ou non, être assimilé à un accord d'entreprise.

(40) Soc. 27 janv. 2015, n° 13-14.773, Bull. civ. V, n° 8, Dr. Ouv. 2015, p. 283, n. Ph. Masson ; 3 nov. 2016, n° 15-18.844, publié.

(41) Ce qui nous ramène à l'appréciation de la représentativité et, au-delà, de l'exigence majoritaire (*v. supra*).

(42) V. sur la question et en ce sens, A. Jeammaud, De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail, RDT 2016, p. 228.

(43) Fl. Canut et F. Géa, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47, spéc. p. 54.

Outre que l'on peut considérer que si atteinte il y a, celle-ci procède moins d'une norme légale que d'une manifestation de volonté d'ordre privé, il n'est plus à démontrer que le Conseil constitutionnel est enclin à tolérer de telles atteintes, pour peu qu'elles soient justifiées.

Si le dispositif étudié pourra ainsi, peut-on le penser, prospérer, des difficultés naîtront lorsque les parties signataires de l'accord de groupe ou interentreprises n'auront pas assuré sa primauté sur les normes conventionnelles conclues au niveau des entreprises (44). Si les différents actes juridiques en concours n'ont pas pour objet la durée du travail ou les congés, il faudra certainement en revenir à l'application des stipulations les plus favorables avec, à la clef et le cas échéant, une interrogation quant au fait de savoir si la comparaison doit se faire par groupe d'avantages ayant la même cause ou le même objet ou de manière globale, en prenant en compte des stipulations qui, pour porter sur des questions différentes, n'en seraient pas moins interdépendantes (45).

La situation pourrait être différente lorsque les normes conventionnelles en concours portent sur la durée du travail ou les congés. Dans ce cas, en effet, la loi *El Khomri* accorde, de façon générale, prééminence à l'accord d'entreprise. Mais outre que cette prééminence n'est assurée que par rapport aux accords de

branche, la difficulté naît à propos des accords de groupe, dont on a vu qu'ils peuvent jouer le même rôle que les accords d'entreprise. Dans la mesure où le législateur a entendu privilégier une sorte de « principe de proximité », on pourrait considérer qu'en la matière c'est l'accord d'entreprise qui doit l'emporter, sans qu'il y ait lieu à comparaison avec la norme de niveau supérieur. Mais il pourrait tout aussi bien être avancé que, faute pour les parties signataires de l'accord de groupe d'avoir manifesté leur volonté de le substituer aux accords d'entreprises, cette situation de concours, qui n'est pas spécialement réglée par la loi, doit être soumise à l'application du principe de faveur.

Si l'accord de groupe est autorisé à se substituer aux accords conclus dans les entreprises entrant dans son champ d'application, il peut aussi agir comme une dispense. En effet, désormais, les entreprises ne sont plus tenues d'engager une négociation obligatoire lorsqu'un accord portant sur le même thème a été conclu au niveau du groupe. Bien plus, il y aura également dispense lorsqu'un accord de méthode conclu au niveau du groupe prévoit l'engagement à ce niveau de tout ou partie des négociations obligatoires. Cette dernière hypothèse est plus surprenante puisque la dispense n'est même pas soumise à l'aboutissement des négociations.

Gilles Auzero

(44) Il en ira de même pour l'articulation d'un accord d'entreprise et des accords conclus au niveau des établissements relevant de son champ d'application.

(45) V., sur la question, « La délicate appréciation du principe de faveur », Entretien avec Y. Tarasewicz et A. Bighinatti, Sem. soc. Lamy 2017, n° 1754, p. 7.



Edition Dalloz - 2017
ISBN : 978-2-247-17037-1-4705376
32 euros

PROPOSITION DE CODE DU TRAVAIL

Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)

Cette proposition de refonte complète du Code du travail a pour finalité de rendre le droit plus accessible, mais aussi de l'adapter aux difficultés de notre temps. L'évolution du travail et de ses contextes imposent de penser de nouveaux périmètres et de nouvelles protections.

Ce code propose donc de profondes réformes, dans tous les domaines du droit du travail. Il entend aussi préserver et renforcer certains grands acquis historiques.

Ce travail est le résultat de nombreuses consultations, menées auprès de divers acteurs du droit du travail. Il a été rédigé par le Groupe de recherches pour un autre Code du travail (GR-PACT) lequel est composé d'une vingtaine d'universitaires spécialisés en droit du travail, issus d'une dizaine d'universités. Ils sont d'opinions diverses, mais tous se sont extirpés de leur rôle habituel de commentateurs, pour défendre une matière attaquée de toute part, au nom d'une certaine idée de la loi, générale, accessible et protectrice.

Sous la direction de Emmanuel Dockès

Avec le concours de Gilles Auzero, Dirk Baugard, Pierre-Emmanuel Berthier, Michèle Bonnechère, Vincent Bonnin, Augustin Boujeka, Laure Camaji, Florence Debord, Josepha Dirringer, Ylias Ferkane, Carole Giraudet, Franck Héas, Julien Icard, Anja Johansson, Sylvaine Laulom, Hélène Melmi, Cécile Nicod, Jean Pélissier, Sophie Rozez, Morgan Sweeney, Sébastien Tournaux, Christophe Vigneau.