

1306

L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective

Jean-François CESARO,
professeur à l'université Panthéon-Assas
(Paris II)



La place des accords et conventions de branche est sensiblement affaiblie au profit des conventions et accords collectifs d'entreprise. Ces derniers l'emportent aussi, dans certains cas, sur les contrats de travail. Leur conclusion est facilitée grâce à la modification du régime du référendum et de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Le tout s'accompagne d'un effort de « sécurisation » des conventions et accords conclus qui demeurent à parfaire.

1 - L'automne. – 22 septembre 2017, date de l'automne dans les branches professionnelles. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 achève de consacrer un mouvement initié depuis la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 qui permet à l'accord d'entreprise de déterminer, par préférence à la branche, la situation collective des salariés. C'est un choix politique que le juriste n'est pas nécessairement le plus apte à juger. Il se dira que cela diminue le caractère abstrait du dialogue social en permettant une adaptation plus fine aux réalités des entreprises. Ses détracteurs objecteront que l'éparpillement des négociations entraînera un affaiblissement de la partie salariale et un moindre intérêt porté à l'intérêt général.

L'affaiblissement sensible de la place des accords et conventions de branche dans la hiérarchie des normes conventionnelles s'accompagne de mesures visant à faciliter la conclusion d'accords au niveau de l'entreprise, ces derniers étant, de toute évidence, considéré comme le véritable pivot du dialogue social.

Pour les deux, contrat collectif de branche et d'entreprise, le législateur a tenté d'encadrer les conséquences juridiques, d'une éventuelle illicéité. Si l'efficacité des dispositifs organisant la prévalence (I) ou l'aptitude à conclure un contrat collectif (II) paraît assurée, la sécurité juridique recherchée reste à parfaire (III).

1. Prévalences

2 - La convention et l'accord d'entreprise l'emportent désormais en principe sur les conventions et accords de branche (A) et s'imposent en certains cas sur les contrats individuels de travail (B).

A. - Prévalence sur les conventions et accords de branche

3 - Précisions terminologiques. – Les rédacteurs de l'ordonnance ont souhaité poser le principe d'une certaine unité de régime juridique entre des niveaux de négociation différents¹.

Ainsi, le régime applicable à la branche vaut, sauf disposition légale contraire, pour « les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches » (C. trav. art. L. 2232-5, complété). S'agissant de l'entreprise, est désigné comme « convention d'entreprise », toute convention ou tout accord conclus « soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement » (C. trav. art. L. 2232-11, al. 2, complété).

Les ordonnances ne traitent pas, en revanche, des accords de groupe dont le régime demeure inchangé. Il faut probablement souhaiter que le législateur ait, dans ses réformes futures, le souvenir de cette assimilation, sans quoi il risque d'adopter des règles qui n'ont d'utilité que pour l'entreprise et la branche mais qui auront des effets pour l'établissement, la profession ou l'interbranche.

4 - L'affirmation d'un principe selon lequel désormais, sauf exception, la négociation d'entreprise doit prévaloir (1) appelle moins de commentaires que l'analyse de l'exception (2). L'ensemble étant accompagné d'un important dispositif de droit transitoire (3).

1. Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 1.

1° Affirmation du principe

5 - Prévalence du contrat collectif d'entreprise. – La loi d'habilitation l'avait annoncé : les ordonnances devaient « reconnaître et attribuer une place centrale » à la négociation collective, « notamment d'entreprise ». Cette nouvelle articulation des différents niveaux de négociation, parfois qualifiée d'inversion de la hiérarchie des normes, se trouve pleinement consacrée par le nouvel article L. 2253-3 du Code du travail qui, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1385, décide que les stipulations de la convention collective d'entreprise prévalent sur celles qui ont le même objet retenues par la convention ou l'accord de branche.

2° Déclinaisons de l'exception

6 - La prévalence peut être impérativement définie par la loi (a) ou, en certains domaines, choisie par les parties à l'accord de branche (b).

a) Prévalence légale

7 - Prévalence limitée de la branche. – La loi d'habilitation prévoyait que les ordonnances définiraient les domaines dans lesquels la négociation d'entreprise « ne peut comporter des stipulations différentes de celles des conventions de branches ou accords professionnels ou interprofessionnels ».

L'article L. 2253-1 du Code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1385 donne traduction à cet objectif en reprenant en partie les règles antérieures et en ajoutant de nouveaux cas dans lesquels il n'est pas possible à l'accord d'entreprise de déroger aux stipulations de la branche.

Ce texte, qui fait écho à l'article L. 2232-5-1 du Code du travail modifié par l'ordonnance, dispose que « la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables » dans un certain nombre de matières énumérées (C. trav., art. L. 2253-1, al. 1).

8 - De la faveur à l'équivalence. – L'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective ne reconduit pas, dans les rapports entre convention de branche et convention d'entreprise, le principe de faveur. En effet, le nouvel article L. 2253-1 du Code du travail prévoit que dans les domaines de prévalence de la branche, une convention ou un accord d'entreprise peut prévaloir sur la branche s'il « assure des garanties au moins équivalentes » (C. trav., art. L. 2253-1, *in fine*).

Ce qui est équivalent correspond à ce qui a une même valeur, d'un point de vue quantitatif ou qualitatif. Le principe de faveur lui, supposait un traitement préférentiel donc supérieur. On passe du nécessairement supérieur au supérieur ou égal.

La modification se limitera-t-elle à ce point ou s'étendra-t-elle à la méthode d'appréciation de la différence entre les différents accords et conventions ? Sous l'empire des anciennes dispositions, la Cour de cassation procédait à une comparaison avantage par avantage (ceux ayant le même objet ou la même cause) pour déterminer si la stipulation négociée dans l'entreprise était plus avantageuse pour la collectivité des salariés². Elle avait cependant pu retenir une appréciation globale s'agissant d'accords d'entreprise négociés pour la défense de l'emploi : elle a ainsi pu décider que le maintien des emplois pouvait justifier une prime inférieure à celle applicable dans la branche³.

Cette méthode de comparaison va-t-elle évoluer ? Ce n'est pas certain car la méthode traditionnelle assure la prévalence de la branche dans le domaine qui lui est aujourd'hui réservé. Admettre la méthode globale reviendrait à accentuer le caractère subsidiaire de la branche en facilitant les dérogations au niveau de l'entreprise. Bien

que la méthode exégétique ne soit pas nécessairement appropriée s'agissant de ces ordonnances le texte dispose que les garanties équivalentes doivent être apportées « dans les matières énumérées » par le texte, ce qui ne renvoie pas une comparaison globale. Dans le rapport destiné au président de la République, il est précisé que dans les « domaines verrouillés par la loi ou par la convention de branche, les accords d'entreprise ne peuvent prévoir que des garanties au moins équivalentes à celles de la convention de branche, cette équivalence devant être appréciée domaine par domaine ».

Cette manière de raisonner pourra cependant être discutée. Les termes de la loi ont sensiblement changé, ce qui impose de reconsidérer le droit existant. Or, les notions de « garanties » d'une part, et « d'équivalence », d'autre part, suggèrent qu'il puisse être donné « autre chose » que l'avantage convenu au niveau supérieur. La notion de garantie équivalente pourrait ainsi permettre une compensation plus globale des avantages entre la branche et l'entreprise, quitte, pour donner traduction à l'interprétation qu'en fournit le rapport destiné au Président, à retenir une acception large des domaines dans lesquelles des comparaisons peuvent être faites.

Quelle que soit la méthode retenue, un problème de preuve se posera pour déterminer quelles sont les garanties équivalentes stipulées par l'accord d'entreprise. La charge de cette preuve reposera sur la partie qui souhaite faire application de l'acte collectif d'entreprise. Elle sera facilitée si les parties précisent, dans le préambule ou dans le corps de l'acte, quelles sont les stipulations qui valent garanties équivalentes.

Il appartiendra enfin au juge de déterminer s'il y a bien équivalence.

9 - Prévalence et monopole. – Dans ces domaines de prévalence, il est possible de distinguer ceux qui figuraient déjà dans l'ancien article L. 2253-1 et ceux qui y ont été ajoutés par l'ordonnance n° 2017-1385. Ces renvois portent sur des textes qui, pour la plupart, confiaient déjà à la branche (accord de branche « simple », parfois étendu) le soin de régir la matière. On pourrait donc penser que dans ces domaines la prévalence de l'accord de branche ne présente aucune utilité puisque seul un accord de branche peut régir la question. Il est possible que, dans l'opinion des rédacteurs, il s'agisse d'affirmer que, même dans ces domaines, la négociation d'entreprise reste possible dès lors qu'elle respecte la nouvelle exigence d'équivalence des garanties. Paradoxalement, le nouvel article L. 2253-1 du Code du travail transforme en simple supériorité ce qui aurait pu être considéré comme un monopole. Cette interprétation suggère, de surcroît, que les articles qui ne figurent pas dans cette liste, mais qui confient tel ou tel rôle à la branche ne supportent aucune dérogation, même plus favorable.

10 - Périmètre temporel de la prévalence. – La convention de branche l'emporte, dans les domaines visés par le nouvel article L. 2253-1 du Code du travail, sur les accords et conventions d'entreprises conclus postérieurement à la convention de branche, mais également sur ceux conclus antérieurement⁴. En conséquence, les parties doivent, au niveau de l'entreprise, anticiper une possible remise en cause de leurs prévisions dans les domaines où la branche prévaut.

11 - Périmètres confirmés de primauté. – Le nouveau texte confirme en effet qu'il n'est guère possible de déroger à l'accord de branche s'agissant : des salaires minima hiérarchiques, des classifications, de la mutualisation des fonds de financement du paritarisme, de la mutualisation des fonds de la formation professionnelle, des garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale (C. trav., art. 2253-1, 1° à 5°).

S'agissant du principe d'égalité homme-femme, le texte naguère en vigueur, la restreignait aux accords issus de la négociation triennale

2. Cass. ass. plén., 8 mars 1988, n° 84-40.083.

3. Cass. soc., 19 févr. 1997, n° 94-45.286. – Cass. soc., 3 nov. 1999, n° 98-44.271.

4. C. trav., art. L. 2253-3, *in fine*.

(en renvoyant à l'article L. 2241-3 du Code du travail), l'ordonnance généralise la primauté des accords de branches pour tous les accords conclus en ce domaine.

12 - Périmètre supprimé de primauté (pénibilité). – La supériorité de la branche s'agissant de la prévention de la pénibilité est supprimée. Cette suppression s'accompagne d'une refonte de ce dispositif supposée en assurer la simplification⁵.

13 - Périmètres ajoutés de primauté. – L'ordonnance n° 2017-385 ajoute une série de cas nouveaux dans lesquels la négociation d'entreprise ne pourra, sauf garanties au moins équivalentes, l'emporter sur la branche (*C. trav., art. L. 2253-1, 6° à 13°*).

– **Temps de travail.** La branche prévaut sur les conventions et accords d'entreprise sur certains points relatifs à la durée du travail ou s'impose comme seul vecteur d'édition de normes (*C. trav., art. L. 2253-1, 6°*).

Dans la plupart des textes, la loi prévoit déjà que le thème de négociation en cause relève de la branche ou d'un accord collectif étendu. Il en va ainsi des horaires d'équivalence (*C. trav., art. L. 3121-14*) qui s'appliquent dans certaines professions comportant des périodes d'inaction (secteur hospitalier, transport routier, certains commerces de détail et certaines branches lorsqu'une convention collective ou un accord collectif étendu le prévoit).

La branche l'emporte s'agissant de la détermination de la période de référence en cas d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine (renvoi vers le 1° de l'actuel article L. 3121-44). Cette règle soulève une difficulté car l'alinéa premier de l'article L. 3121-44 dispose que l'accord de branche n'intervient qu'à défaut d'accord d'entreprise. Il était donc acquis qu'il n'avait pas vocation à prévaloir. La contradiction entre les textes, si elle est regrettable pour l'harmonie du code, n'est cependant pas insurmontable, l'article L. 2353-1 du Code du travail dont l'objet spécifique est d'articuler les contrats collectifs de branche et d'entreprise, l'emporte.

La branche prévaut encore lorsqu'il s'agit de déterminer le nombre minimal d'heures entraînant, sur une période de référence, la qualification de travailleur de nuit (*C. trav., art. L. 3122-16*).

En matière de temps partiel, l'accord de branche s'impose s'agissant de la détermination d'une durée minimale de travail et des modalités favorisant, pour les travailleurs à temps partiel, le cumul de plusieurs emplois (*C. trav., art. L. 3123-19, al. 1*). Elle a également une vocation prioritaire à définir le taux de majoration des heures complémentaires (*C. trav., art. L. 3123-21*) ainsi que les modalités relatives aux compléments d'heures par avenant au contrat (nombre maximal d'avenants, majoration, accès prioritaire aux compléments d'heures) (*C. trav., art. L. 3123-22*).

– **CDD et travail temporaire** (*C. trav., art. L. 2253-1, 7°*). S'agissant du travail temporaire, la primauté de la branche s'applique en premier lieu à l'article L. 1242-8 du Code du travail tel qu'il est issu de l'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

En conséquence, la fixation de la durée totale d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de mission relève de la branche (*C. trav., art. L. 1242-8 et L. 1251-12, modifiés*).

L'ordonnance n° 2017-1385 dans sa rédaction actuelle (*C. trav., art. L. 2253-1, 7°*) renvoie également à l'article L. 1242-13 qui traite du délai de transmission au salarié de son contrat de travail. Il s'agit vraisemblablement d'une erreur le bon renvoi étant probablement en direction de l'article L. 1243-13 relatif au nombre maximal de renouvellement des contrats à durée déterminée, tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail. Au demeurant, sans erreur de renvoi, la même

règle s'applique aux renouvellements des contrats de mission (*renvoi à C. trav., art. L. 1251-35, modifié par ord. n° 2017-1387*).

La branche l'emporte encore s'agissant du délai de carence applicable à l'issue d'un contrat à durée déterminée (*C. trav., art. L. 1244-3, modifié par ord. n° 2017-1387*) ou d'un contrat de mission (*C. trav., art. L. 1251-36*).

Les cas de recours au travail temporaire prévus par l'article L. 1251-7 du Code du travail, permettant la mise à disposition de salariés auprès d'une entreprise utilisatrice afin de favoriser leur insertion professionnelle ou dans le cadre d'un complément de formation professionnelle, qui supposaient déjà un accord branche étendu voient la prévalence de cette dernière affirmée (*C. trav., art. L. 2253-1, 12°*).

– **Contrat de chantier ou d'opération** (*C. trav., art. L. 2253-1, 8°*). La convention de branche a également vocation à définir les motifs de recours à un contrat dit « à durée indéterminée » conclu pour un chantier ou une opération (renvoi à l'article L. 1223-8 du Code du travail modifié par l'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail).

– **Renouvellement de la période d'essai** (*C. trav., art. L. 2253-1, 10°*). La branche fixe également les conditions et durées de renouvellement de la période d'essai (renvoi à l'article L. 1221-21 du Code du travail).

– **Poursuite du contrat de travail entre deux entreprises** (*C. trav., art. L. 2253-1, 11°*). La branche l'emporte lorsqu'il s'agit de définir les modalités de transferts conventionnels de salariés (lorsque les conditions de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas réunies). Ce renvoi se distingue des précédents en ce qu'il ne vise pas un texte précis du Code du travail. Il en résulte que les transferts conventionnels organisés par le législateur dans le cas d'une perte d'un marché et (déjà) confiés à la branche sont concernés (*C. trav., art. L. 1224-3-2*). Mais plus largement on peut considérer que tous les mécanismes conventionnels de mobilité qui peuvent trouver applications au sein de groupes de sociétés sont concernés.

– **Portage salarial** (*C. trav., art. L. 2253-1, 13°*). Le montant de la rémunération minimale et de la commission d'apport d'affaire du salarié porté (*C. trav., art. L. 1254-2 et L. 1254-9*) qui relevaient déjà d'un accord de branche étendu entre dans le domaine de prévalence.

b) Prévalence conventionnelle

14 - L'article L. 2253-2 du Code du travail permet aux conventions et accords de branche de s'imposer à la négociation d'entreprise de manière « optionnelle » en certains domaines limitativement énumérés. Ce texte prévoit en effet que lorsque la convention de branche le **stipule expressément**, la convention ou l'accord d'entreprise ne peut y déroger sauf pour apporter des garanties au moins équivalentes.

15 - Périmètre thématique de la prévalence. – Sont énumérées quatre matières sur lesquelles les branches peuvent prétendre conserver leur prévalence.

– la première porte sur le **thème de la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels** énumérés par l'article L. 4161-1 du Code du travail, tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention. La négociation sur cette question relève des accords prévus par le nouvel article L. 4162-1 du Code du travail auquel il aurait peut-être pu être directement renvoyé ;

– la seconde matière sur laquelle la branche peut l'emporter en cas de clause expresse a trait à **l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés**. Il s'agit en effet d'un thème qui donne lieu à de multiples obligations de négocier : tous les

5. Ord. n° 2017-1389, 22 sept. 2017, relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention : JO 23 sept. 2017.

quatre ans d'après le nouvel article L. 2241-1 du Code du travail ⁶, tous les trois ans selon le nouvel article L. 2241-13 et tous les ans dans l'entreprise (à défaut d'une périodicité différente définie par les partenaires sociaux), car il s'agit d'un thème lié à la qualité de vie au travail (*C. trav.*, art. L. 2242-11, 4^e, *modifié par ord. n° 2017-1385*) ;

– le troisième thème sur lequel les négociateurs de branche peuvent imposer leurs stipulations est celui de **l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical**. On ne trouve pas, dans les textes issus de l'ordonnance, et ceux figurant actuellement dans le Code du travail, de dispositions relatives à la négociation sur ce thème. On observe cependant qu'en pratique la négociation collective est déjà présente en la matière, soit pour prévoir des délégués supplémentaires ⁷ soit pour instituer, ce qui semble être l'objet de l'article L. 2253-2, un délégué syndical sous le seuil des cinquante salariés ⁸ ;

– le quatrième et dernier thème porte sur les **primes pour travaux dangereux ou insalubres**.

16 - Périmètre temporel de la prévalence. – Seuls les conventions et accords d'entreprises conclus postérieurement à une convention ou un accord de branche sont soumis à cette prévalence. Ainsi, un accord ou une convention d'entreprise antérieur ne peut se trouver remis en question par un accord de branche comportant ces thèmes. Cependant il faut avoir égard aux dispositions de droit transitoire.

3° Dispositions transitoires

17 - Transition vers la prévalence d'entreprise. – L'ordonnance n° 2017-1385 comporte un dispositif transitoire dont l'objet est globalement d'assurer, moyennant un délai d'entrée en vigueur du principe, la prévalence des conventions et accords d'entreprise aux actes déjà en vigueur. Des dispositions particulières s'attachent à préciser le sort des conventions et accords de branche qui, soit par l'effet d'une stipulation spéciale, soit parce qu'ils ont été négociés avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, pouvaient interdire une négociation naguère dérogatoire dans l'entreprise.

18 - Premier janvier 2018, prévalence d'entreprise. – L'ordonnance n° 2017-1385 en son article 16, IV, prévoit que les accords et conventions d'entreprises prévalent sur ceux de la branche, à compter du 1^{er} janvier 2018. À compter de cette date, c'est le principe d'application immédiate, qui doit trouver application. La solution est en harmonie avec la position retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008 ⁹.

La nouvelle règle a donc vocation à saisir, à compter du 1^{er} janvier 2018, les effets futurs des situations conventionnelles déjà constituées. Un accord ou une convention d'entreprise qui, jusqu'alors, pouvait être subordonné à un accord ou une convention de branche, prévaudra.

19 - Limite des anciennes clauses de verrouillage. – L'article L. 2253-3 alinéa 2 ancien, tel qu'il résultait de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, permettait aux parties à l'accord de branche d'interdire aux conventions et accords d'entreprise d'y apporter des dérogations.

Ces clauses dites de verrouillage disparaissent du Code du travail. Cependant, un dispositif transitoire particulier a été prévu qui permet « aux parties » aux conventions et accord de branche de confirmer la portée des clauses de verrouillage dans le domaine où, en application de l'ordonnance n° 2017-1385, elles sont encore pos-

sibles en application du nouvel article L. 2253-2 du Code du travail ¹⁰. Pour cela les parties doivent « confirmer » **avant le 1^{er} janvier 2019** leur volonté de maintenir, en ces matières, la supériorité de l'accord de branche.

Un certain temps peut s'écouler entre l'entrée en vigueur des ordonnances s'agissant de la prévalence d'entreprise, prévue le 1^{er} janvier 2018, et cette éventuelle confirmation.

Durant ce laps de temps, entre janvier 2018 et janvier 2019, les accords d'entreprise (anciens comme nouveaux) peuvent donc prévaloir sur la branche. Si la confirmation a lieu, cette prévalence temporaire des contrats d'entreprise doit-elle être rétroactivement remise en cause ou la confirmation de la supériorité de la branche ne prend-elle effet que pour l'avenir ? En droit des obligations, la confirmation des actes nuls a en principe un effet rétroactif. Il est cependant peu probable que cette technique soit transposable à la question des rapports entre conventions collectives négociées à des niveaux différents. Il paraît vraisemblable, au nom de la sécurité juridique, que la confirmation de la supériorité du contrat de branche sur celui d'entreprise ne vaudra que pour l'avenir, sans remettre en cause « l'intermède » séparant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1385 et la confirmation de la supériorité de la branche. Les parties à la négociation d'entreprise doivent donc avoir à l'esprit que jusqu'au début de l'année 2019 la supériorité de leurs contrats collectifs peut être remise en cause.

20 - Limite de l'article 45. – Une seconde limite provenait de l'article 45 de la loi n° 391-2004 du 4 mai 2004. Ce texte, qui n'avait pas été codifié, prévoyait que les accords antérieurement conclus à l'entrée en vigueur de la loi (6 mai 2004) conservaient la valeur hiérarchique qui leur avait été accordée par ses signataires ¹¹. Présumer que les signataires avaient tacitement considéré que les contrats de branche l'emportaient sur ceux conclus dans l'entreprise revenait à interdire toute dérogation aux conventions et accords collectifs conclus avant le 6 mai 2004.

L'article 45 est abrogé ¹². L'effet de cette abrogation étant immédiat les anciennes clauses dérogatoires naguère négociées trouvent désormais une application l'emportant sur la branche. À compter du 1^{er} janvier 2018, la prévalence totale de l'entreprise s'imposera y compris aux accords conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004.

Il reste cependant possible aux parties de « confirmer » avant le 1^{er} janvier 2019, dans le strict domaine des matières où les clauses de verrouillages sont possibles au sens du nouvel article L. 2253-2 du Code du travail, la supériorité de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise. Comme dans le cas précédent il est probable que cette confirmation n'aura pas d'effet rétroactif : les accords et conventions d'entreprise qui, à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'auraient temporairement emporté sur la branche ne voient pas leurs effets passés remis en cause.

B. - Prévalence du contrat collectif d'entreprise sur le contrat individuel

21 - Unification des accords s'imposant aux contrats individuels. – Dans les rapports entre le contrat de travail et la convention collective le principe de faveur avait un domaine d'application plutôt large, permettant au dialogue individuel de déroger à la règle collective. Le contrat pouvait donc constituer un îlot de résistance individuelle aux mutations collectives parfois engagées dans l'entreprise.

Le législateur, s'appuyant de plus en plus sur la négociation collective pour faire évoluer le droit social eut parfois besoin que l'acte

6. *Ord. n° 2017-1385*, 22 sept. 2017, art. 6.

7. *Cass. soc.*, 25 janv. 2016, n° 15-16366 (délégué syndical national). – *Cass. soc.*, 31 mai 2011, n° 10-25186, 10-25187.

8. *Cass. soc.*, 18 mars 2015, n° 13-26.236.

9. *Cons. const.* n° 2008-568 DC, 7 août 2008 : JO 21 août 2008.

10. *Ord. n° 2017-1385*, art. 16, I.

11. Sur l'interprétation de ce dispositif, V. B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives* : LexisNexis, 2017, 10^e ed. n° 1573, p. 840.

12. *Ord. n° 2017-1385*, art. 16, III.

collectif d'entreprise s'impose aux contrats individuels. Tel fut notamment le cas de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (les « 35 heures ») où des accords négociés pouvaient emporter modification du contrat de travail (*C. trav.*, art. L. 1222-7 et L. 1222-8) et imposer un licenciement *sui generis* (« qui ne repose pas sur un motif économique ») des salariés qui le refuseraient. La technique ainsi retenue fut ensuite utilisée en matière d'organisation du temps de travail¹³, de mobilité professionnelle et géographique¹⁴, de maintien de l'emploi¹⁵ et, dans la loi du 8 août 2016, s'agissant des accords pour « la préservation et de développement de l'emploi »¹⁶.

Ces différents dispositifs, s'ils reposent sur la même inspiration, empruntent cependant des techniques de mise en œuvre différentes. L'élaboration d'un régime juridique unifié est, de manière opportune, l'objectif poursuivi par le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail¹⁷.

Le mécanisme est le suivant : un accord causé est conclu, qui porte certaines mesures ayant vocation à se substituer au contrat individuel, avec un droit individuel de refus du salarié emportant licenciement pour une cause *sui generis* du contrat de travail.

22 - Cause des accords. – Dans l'ancienne rédaction du Code les accords pouvaient, selon le cas ne comporter aucune stipulation relative à leur cause, ou en comporter une, reposant soit sur de « graves difficultés économiques conjoncturelles » ayant fait l'objet « d'un diagnostic partagé » avec les syndicats (*C. trav.*, art. L. 5125-1, ancien) soit sur la volonté de préserver ou de développer l'emploi (*C. trav.*, ancien L. 2254-2). Il était parfois question, sans que la nature et le sens de la formule soient parfaitement clairs, d'un accord pris « dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante » (*C. trav.*, art. L. 2242-17, ancien).

La condition préalable de conclusion de l'acte est désormais unifiée : il devient possible de conclure pour « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » (*C. trav.* art. 2254, al. 1). Si dans le langage courant l'expression « les nécessités » paraît renvoyer à toutes sortes de raisons, le sens exact du terme renvoie au caractère « nécessaire », « indispensable » à une condition qui doit être « impérativement réalisée » pour le fonctionnement d'une entreprise. La formule paraît donc sujette à une légitime, mais délicate discussion judiciaire : elle est d'autant plus importante qu'elle affecte aussi bien l'acte collectif que ses incidences sur le contrat individuel de travail (en particulier le motif de rupture).

23 - Préambule. – Comme sous l'empire de l'ancien article L. 2254-2 du Code du travail, l'accord doit comprendre un préambule indiquant ses objectifs. À la différence de ce dernier, son absence n'est pas sanctionnée par la nullité de l'accord (*C. trav.*, art. L. 2254-2, II).

24 - Objets de l'accord. – Pour les salariés qui ne s'y opposent pas l'article L. 2254-2 nouveau emporte une modification possible de leur contrat qui, cependant, paraît ne pas pouvoir porter sur tous les sujets. L'accord peut en effet porter sur certains objets visés par l'article L. 2254-2 :

- la durée du travail (emportant suppression des dispositions figurant aux articles L. 1222-7 et L. 1222-8 du Code du travail) ;
- l'aménagement du temps de travail, étant observé que la règle disposant qu'un dispositif prévoyant une organisation du travail sur une période supérieure à la semaine n'est pas une modification du contrat de travail¹⁸ est maintenue ;

– aux questions relatives à la mobilité professionnelle ou géographique (les articles L. 2242-17 à L. 2242-19 du Code du travail qui les régissaient étant supprimés¹⁹ ;

– à la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 du Code du travail, sans pouvoir cependant, ni déroger au SMIC ni remettre en cause les minima conventionnels définis par la branche.

Ce dispositif a vocation à remplacer les anciens accords destinés à la préservation et au développement de l'emploi dont il reprend la place dans le Code ainsi que les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne avec cependant quelques différences. Ainsi, les anciens accords de préservation et de défense de l'emploi pouvaient porter sur toute mesure nécessaire à l'emploi alors que cela n'est pas certain avec le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail. En l'absence de l'emploi de l'adverbe « notamment », on est porté à considérer que la liste de matière sur lesquelles un tel accord peut porter est limitative. Pourtant la rédaction du III de l'article L. 2254-2 du Code du travail suggère une autre interprétation puisque l'effet impératif sur les contrats individuels est, selon cette subdivision du texte, possible « y compris » pour les stipulations relevant des trois domaines listés (durée du travail, mobilité et rémunération). *A contrario*, cela suggère que d'autres thèmes peuvent être discutés.

Une seconde différence porte sur le sujet de la rémunération. Les accords conclus sous l'empire de « l'ancien » article L. 2254-2 du Code du travail ne pouvaient avoir pour effet une baisse de la rémunération mensuelle des salariés (*C. trav.*, art. L. 2254-2, al. 4). Cette limite ne figure plus dans la rédaction issue de l'ordonnance.

Une autre différence pourrait provenir des clauses, semble-t-il, optionnelles, qui peuvent être introduites dans l'accord.

25 - Clauses optionnelles ? – Il est prévu que l'accord « peut préciser » la manière dont il sera appliqué et suivi, les efforts proportionnels consentis par les dirigeants et actionnaires, les modalités de conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle (*C. trav.*, art. L. 2254-2, II). Cette formulation (« peut préciser ») pourrait suggérer que ces différentes rubriques ne sont pas obligatoires dans l'accord. Ainsi, une baisse de rémunération ne pourrait ne pas faire l'objet d'efforts symétriques de la part des dirigeants ou encore un dispositif de mobilité n'aurait pas nécessairement à prévoir des dispositifs de conciliation entre la vie personnelle et la vie professionnelle.

Cette interprétation est cependant incertaine. En effet, l'option dépend peut-être du sujet de l'acte : il n'est pas nécessaire de concilier vie personnelle et vie professionnelle si l'accord ne porte que sur le montant de la rémunération, alors que dans d'autres cas, cela pourrait devenir obligatoire si tel est son sujet.

Il eut été concevable que le texte précisât ce point.

26 - Durée du travail. – Certaines dispositions légales doivent être respectées lorsque l'accord procède à un aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine de travail. Il conviendra donc de respecter les dispositions relatives au seuil des heures supplémentaires (*C. trav.*, art. L. 3121-41), le « délai raisonnable » (*C. trav.*, art. L. 3121-42) et les modalités d'information (*C. trav.*, art. L. 3121-44 et L. 3121-47) des salariés en cas de changement dans la répartition de la durée du travail (*C. trav.*, art. L. 3121-42), à la période sur laquelle l'aménagement est organisé, à la prise en compte des absences et des arrivées et départs en cours de période de référence (*C. trav.*, art. L. 3121-44).

27 - Mécanisme de substitution. – Reprenant la technique initiée dans l'ancien article L. 2254-2 du Code du travail, le texte prévoit que les stipulations de l'accord collectif se substituent à celles du contrat de travail qui ont le même objet. Il faut supposer qu'il s'agit d'une substitution temporaire et non d'une incorporation : à l'issue de l'ac-

13. *C. trav.*, art. L. 3121-43, modifié par ord. n° 2017-1385.

14. *C. trav.*, art. L. 2242-17 à L. 2242-19.

15. *C. trav.*, art. L. 5125-2.

16. *C. trav.*, art. L. 2254-2.

17. Ord. n° 2017-1385, art. 3.

18. *C. trav.*, art. L. 3121-43.

19. En revanche, la mobilité dans le cadre de la GPEC reste un dispositif distinct : *V. C. trav.*, art. L. 2242-20.

cord collectif, le contrat de travail devrait donc retrouver application tel qu'il était initialement rédigé.

Le salarié dispose d'un droit de refus. Le texte organise une procédure spéciale qui est inspirée, sous une forme simplifiée, de celle de l'article L. 1222-6 du Code du travail applicable aux modifications du contrat de travail pour motif économique. En effet, le salarié dispose d'un délai d'un mois pour notifier son refus par écrit à compter de la date à laquelle l'employeur lui aura communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord. On observe qu'aucune information individuelle des travailleurs n'est requise. L'obligation de « communiquer » n'est pas un devoir d'information ni de conseil. Il s'agit d'indiquer l'existence de l'acte et de son contenu sans avoir à spécifier la façon dont il s'articule avec le contrat individuel. Un affichage de la convention collective dans l'entreprise ou un envoi collectif par courriel satisfait à l'obligation.

28 - Licenciement consécutif au refus. – Dans la continuité de l'ancien article L. 2254-2 du Code du travail, le nouveau texte prévoit une possibilité de licenciement du salarié ayant refusé. Le licenciement n'est, à suivre le texte qu'une possibilité, mais il conviendra probablement que l'employeur justifie sa décision s'il envisage de ne pas licencier tous les salariés ayant exprimé un refus.

S'agissant de la cause, le législateur écarte le motif économique. Le licenciement est désormais fondé sur « une cause spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ». La volonté du législateur est claire : préconstituer le motif de la rupture.

S'agissant du motif, la question sera posée de la compatibilité de ce dispositif avec la convention n° 158 de l'OIT, en particulier de son article 4 qui dispose qu'un « travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». À notre sens, dès lors que le contrat collectif est causé (il doit en effet être justifié par la préservation ou le développement de l'emploi ou les « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise »), les licenciements individuels le sont également. Autrement dit, l'angle d'attaque des ruptures individuelles appelle une discussion du motif de l'acte collectif.

Ce licenciement se voit appliquer une partie de la procédure propre aux licenciements individuels pour motif économique (renvoi à *C. trav.*, art. 1233-11 à L. 1233-15 et L. 1234-1 à L. 1234-11) : convocation à un entretien préalable, notification par lettre recommandée, préavis, indemnités, certificat de travail et reçu pour solde de tout compte. Aucune disposition particulière ne prévoit une consultation des institutions représentatives du personnel. La question peut donc se poser, si plusieurs licenciements sont prononcés, de la compatibilité avec les dispositions de la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 : la nécessaire consultation des représentants du personnel en vue de parvenir à un accord portant notamment sur les moyens de limiter ou d'atténuer les conséquences sociales des licenciements, la transmission préalable par l'employeur d'informations aux représentants du personnel ainsi que l'obligation de notifier le projet à l'administration, les licenciements ne pouvant être prononcés que trente jours après cette formalité. Cette question de compatibilité est fort délicate car on pourra se demander si une rupture consécutive au refus d'un accord collectif entre véritablement dans le champ de la directive qui vise les ruptures décidées par l'employeur²⁰. L'interprétation large de ce dispositif par le juge de l'Union²¹ et le fait que l'employeur ne soit pas contraint de rompre en cas de refus (il prend donc une décision), conduisent cependant à privilégier l'hypothèse

de l'application de la directive. L'accord, qui sera très vraisemblablement lié à la problématique de l'emploi (ou comportera des éléments pouvant passer pour le volet social demandé par la directive, comme la conciliation vie personnelle-vie professionnelle), pourrait être jugé conforme à l'exigence d'un dialogue avec les représentants du personnel. Reste la question de la notification à l'administration préalable aux ruptures dont on ne trouve pas trace dans le dispositif de l'ordonnance. En l'absence d'effet direct horizontal des directives, ces questions n'ont pas vocation à être tranchées par le juge interne (sinon dans le cadre d'un contentieux indemnitaire).

La conformité avec l'article 13 de la convention OIT n° 158, qui comporte des obligations d'information et de consultation des représentants du personnel, sera également sujette à discussion²².

Pour ces aspects procéduraux, il convient de garder à l'esprit que l'article L. 2254-2 du Code du travail ne renferme pas nécessairement l'intégralité des obligations sociales de l'employeur. Il n'est pas invraisemblable qu'en cas de licenciement collectif, le comité social et économique ait vocation à être informé et consulté dans le cadre de ses attributions générales. On observe en effet que ce dernier peut mandater un expert-comptable « afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations prévues aux articles L. 2254-2 »²³. Ces difficultés, dont les pouvoirs publics étaient conscients²⁴, ne manqueront pas de susciter d'importants débats.

29 - Assurance chômage. – L'article L. 2254-2, VI, nouveau du Code du travail précise expressément que les salariés peuvent bénéficier de l'assurance chômage et que l'employeur doit abonder leur compte personnel de formation dans des conditions qui seront définies par décret.

30 - Droit transitoire. – Une disposition de droit transitoire dont le sens est passablement mystérieux figure à l'article 17 de l'ordonnance n° 2017-1385. En effet, ce texte dispose que « les dispositions de l'article 11 de la présente ordonnance s'appliquent, dès la publication de la présente ordonnance, aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés et aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 du Code du travail ».

Or, l'article 11 auquel il est renvoyé dispose qu'au « deuxième alinéa du IX de l'article 21 de la loi du 8 août 2016 susvisée, les mots : « 1^{er} septembre 2019 » sont remplacés par les mots : « 1^{er} mai 2018 ». Ce deuxième alinéa portant lui-même sur la date d'entrée en vigueur des autres accords que ceux portant sur la durée du travail, les repos et les congés et, dès la publication de la présente ordonnance, aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 du Code du travail.

Cela ne paraît pas très clair. Dans le doute nous supposons, car cela semble être l'orientation globale du dispositif, que le droit commun s'applique et que l'article L. 2254-2 du Code du travail dans sa nouvelle rédaction est d'application immédiate. En conséquence, les accords collectifs conclus en application de ce texte auront vocation à s'imposer aux effets futurs des contrats de travail en cours.

2. Conclusion

31 - En matière conventionnelle, comme en de nombreux autres domaines, il est important de pouvoir conclure. L'ordonnance renforçant le dialogue social facilite la conclusion des conventions et

20. CJUE, 11 nov. 2015, aff. C-422/14, point 55 : vise une modification du contrat unilatéralement décidée par l'employeur.

21. CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-55/02, Comm. c/ Portugal, points 49 et 50 : Rec. CJCE 2004, I, p. 9387, où la Cour décide que la directive s'applique même si la rupture est justifiée par des circonstances extérieures à la volonté de l'employeur.

22. V. D. Baugard et L. Gratton, *Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel* : Dr. soc. 2016, p. 745.

23. C. trav., art. L. 2315-92, modifié par ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017.

24. Pour en avoir été informé par l'avis du Conseil d'État : « Il appartiendra au Gouvernement de veiller, au stade de l'ordonnance, à ce que les dispositions prises sur le fondement de cette habilitation respectent les principes de valeur constitutionnelle et les conventions internationales applicables en la matière, notamment la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail ».

accords collectifs en modifiant le régime du référendum patronal (A) et celui de la négociation sans délégué syndical (B).

A. - Référendum patronal

32 - Faciliter le référendum d'entreprise. – L'article 10 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 complète l'actuel article L. 2232-12 du Code du travail qui permet d'organiser un référendum si les signataires de l'accord ne sont pas majoritaires.

Dans son ancienne rédaction, les signataires d'un accord collectif pouvaient, s'ils disposaient d'une audience supérieure à 30 %, organiser un référendum. Ils disposaient alors d'un délai d'un mois, à compter de la signature, pour prendre cette initiative. À défaut, le référendum ne pouvait être organisé.

Désormais, l'employeur peut, à l'issue du délai d'un mois (donc en l'absence d'initiative des syndicats signataires), décider de consulter les salariés. Il est possible aux organisations syndicales, dès lors qu'elles sont signataires, de faire opposition à ce référendum. Il devra cependant s'agir d'une opposition unanime.

La suite de la procédure se déroule comme sous l'empire des anciennes dispositions hormis pour l'accord destiné à déterminer les modalités du scrutin qui naguère devait être signé par les syndicats représentatifs, et qui, désormais, doit l'être par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants.

En l'absence de dispositions transitoires, on peut supposer que le principe d'application immédiate de la loi nouvelle trouvera application.

B. - Négociation collective sans délégué syndical

33 - Le législateur souhaite, ici encore, faciliter la conclusion d'accords collectifs, en particulier pour les petites entreprises qui en principe (faute de réunir des effectifs suffisants) ne peuvent disposer d'une représentation syndicale. Un même socle de principe commun gouverne ces négociations dérogatoires (1°) et des règles particulières les distinguent en fonction du nombre particulier de salariés qu'elles réunissent (2°).

1° Règles communes

34 - Calcul des seuils. – Le régime juridique relatif à la négociation sans délégué syndical varie en fonction des effectifs de l'entreprise. Il existe en effet un régime propre aux entreprises de moins de 11 salariés, à celles comprenant entre 11 et 20 salariés, celles qui comportent entre 11 et 50 salariés et enfin, celles qui ont au moins cinquante salariés. Pour le calcul de ces différents seuils, il est renvoyé, par le nouvel article L. 2232-29 du Code du travail²⁵, aux modalités définies à l'article L. 2232-2 du même code.

On notera qu'il s'agit d'un renvoi précaire puisque cette disposition, propre au comité d'entreprise, a vocation à ne plus trouver application lorsque les dispositions relatives au comité social et économique trouveront pleine application. Cette règle, bien connue, prévoit que le seuil de cinquante salariés doit être considéré comme franchi dès lors qu'il l'a été, pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours de trois dernières années.

Il faut donc transposer cette règle pour les seuils de 11, de 20 et de cinquante salariés.

Ce mode de calcul favorise le franchissement de seuils puisqu'il suffit que le seuil soit franchi sur un tiers de la période de référence pour que le régime propre au seuil supérieur s'applique.

35 - Heures de délégation. – Les salariés qui peuvent négocier disposent pour les nécessités de leur mission d'un crédit d'heures, qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut dépasser les dix heures. Ce temps, conformément au régime de droit commun, est de plein droit assimilé à du temps de travail. Ce crédit d'heures ne s'impute pas sur celui dont disposent, pour leurs autres missions, les membres du comité social et économique (*C. trav., art. 2232-29, modifié*).

36 - Conduites des négociations. – Le nouvel article L. 2232-29 du Code du travail définit une série de règles qui régissent le processus de négociation entre d'une part l'employeur et, d'autre part, les membres du comité social et économique ou les salariés mandatés. *A priori*, ces dispositions ne concernent pas les accords qui résultent, dans les entreprises qui comprennent moins de 11 salariés (et celles de moins de vingt dépourvues de comité social et économique), d'une proposition unilatéralement définie par l'employeur.

Cette négociation doit, selon ce texte, être précédée d'un accord préalable portant sur les informations nécessaires à sa conduite (*C. trav., art. L. 2232-29, in fine*). Le texte précise que l'indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur doit être assurée. Cette règle complète, de manière plus exigeante, celle formulée à l'article L. 2232-28 qui interdit de mandater les salariés qui, en raison des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés à l'employeur, ainsi que les salariés qui sont apparentés au chef d'entreprise (conjoint, partenaire d'un pacte civil de solidarité, concubin, ascendants, descendants, frères, sœurs et alliés au même degré de l'employeur).

Le projet d'accord doit faire l'objet d'une « *élaboration conjointe* » ce qui exclut la ratification d'un projet unilatéralement défini par l'employeur. Le dispositif exige enfin une concertation avec les salariés. L'exigence n'apparaît pas parfaitement claire – la négociation pour les salariés passant par des intermédiaires, il leur revient probablement de prendre attache avec les autres salariés pour recueillir leurs opinions et observations. Enfin, il est précisé que les négociateurs peuvent « *prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche* ». La règle méritera des précisions. On conçoit de manière générale que les négociateurs puissent demander conseil à ces syndicats. Pour autant, ces derniers n'ont pas vocation à devenir partie à la négociation et à y adresser d'autres représentants que ceux qu'ils ont, éventuellement, mandatés. De surcroît, le droit de prendre l'attache des organisations syndicales n'impose nullement à ces dernières un devoir de réponse.

37 - Absence de délégué syndical. – Enfin, condition logique, les textes prévoient que cette négociation suppose l'absence de délégué syndical dans l'entreprise (ou, selon le cas, dans l'établissement). Cette règle soulève une difficulté – qui n'est pas nouvelle, mais mériterait d'être réglée – dans l'hypothèse où un délégué syndical catégoriel est présent. La présence de ce dernier interdit, à suivre la lettre des textes, une négociation dérogatoire. Or, ce délégué syndical catégoriel ne peut négocier pour les autres catégories professionnelles. Il est possible, en s'inspirant de l'esprit des dispositions, de considérer que ce n'est pas l'absence physique du délégué qui importe, mais son absence juridique, c'est-à-dire son inaptitude à représenter valablement une partie du personnel. Si cette interprétation était retenue, il serait possible de recourir à une négociation dérogatoire pour les catégories professionnelles qui ne disposent pas de délégué syndical.

2° Entreprise de moins de 11 salariés.

38 - Accord sur proposition unilatérale. – Les entreprises dont l'effectif est inférieur à onze salariés et qui sont (comme c'est généralement le cas) dépourvues de délégués syndicaux peuvent désormais accéder à une forme de dialogue social. L'employeur peut en effet, en application du nouvel article L. 2232-21 du Code du travail, proposer « *un projet d'accord* » sur les thèmes ouverts à la négociation collective. Les salariés disposent, à compter de la présentation de ce projet, d'un délai de réflexion de quinze jours.

25. *Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 8.*

À l'issue de celui-ci, s'il est « ratifié » à la majorité des deux tiers du personnel, il sera considéré comme un accord valide.

Les modalités de cette ratification par les salariés ne sont pas précisées, renvoi étant fait à un décret. L'alinéa second du nouvel article L. 2232-21 du Code du travail visant une « consultation » des salariés on peut penser qu'il ne s'agira pas d'une ratification individuelle mais plutôt d'un vote.

S'agissant des effets de l'accord, le texte prévoit simplement qu'il est « valide ». On peut supposer que, par cette expression, le législateur veut signifier qu'il aura la même valeur qu'une convention ou qu'un accord collectif de droit commun. En conséquence, il profitera comme tous les contrats collectifs d'entreprise de la nouvelle prévalence sur la négociation de branche.

Il faut également supposer que cet accord pourra aussi bien instaurer un régime collectif nouveau que modifier un dispositif conventionnel existant (la question peut se poser dans une entreprise où les effectifs ont sensiblement diminué).

Enfin rien ne permet, par le jeu d'une délibération collective, une dénonciation de l'acte par la collectivité des salariés.

3° Entreprise comptant 11 à 20 salariés

39 - Ratification d'un projet unilatéral. – Lorsque l'entreprise franchit le seuil des onze salariés, mais qu'elle ne dépasse pas celui des vingt salariés, le dirigeant peut également proposer un projet d'accord à la collectivité des salariés à la condition qu'il n'y ait pas dans l'entreprise de membres élus du conseil social et économique (C. trav., art. L. 2232-23).

4° Entreprise de 11 à moins de 50 salariés

40 - Négociation par un élu mandaté. – Dans les entreprises comptant entre 11 et moins de 50 salariés la négociation peut être conduite par un salarié mandaté par un syndicat représentatif de la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. Il est précisé qu'une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié. En revanche, il peut y avoir plusieurs négociateurs dès lors que plusieurs organisations syndicales qui y sont habilitées décident de mandater chacune un salarié. En ce cas, « sa validité » suppose une majorité de suffrages exprimés par les salariés concernés. Encore une fois, nous supposons que le terme validité renvoie à la seule conclusion de l'accord.

Lorsque l'accord est négocié par un ou des membres de la délégation du personnel (peu important qu'ils aient été, par ailleurs, mandatés) au comité social et économique, « sa validité » est subordonnée à une ratification par des membres du comité représentant la majorité des suffrages exprimés.

Le législateur prévoit expressément qu'il peut s'agir d'un accord ou d'une convention portant sur tous les sujets ouverts à la négociation collective et que le contrat collectif peut être nouveau ou porter révision d'un précédent accord (C. trav. art. L. 2232-23-1, I, *in fine*).

Dans ce cas encore, aucun dispositif relatif à la dénonciation n'est prévu.

5° Entreprise d'au moins 50 salariés

41 - Détermination du négociateur. – Dans les entreprises comportant au moins cinquante salariés, le législateur reprend, assez largement, le dispositif ancien prévoyant une négociation par un élu et, à défaut, par un « simple » salarié mandaté.

Lorsque, dans l'entreprise, un comité social et économique existe, l'employeur doit faire connaître à ses membres, son intention de négocier par tous moyens permettant de lui conférer date certaine. Ces derniers disposent d'un mois pour faire connaître leur décision. Ils peuvent, pendant ce laps de temps, demander à être mandatés (ce qu'ils devront indiquer, dans ce même délai, à l'employeur).

Le dernier alinéa du nouvel article L. 2232-25-1 du Code du travail dispose qu'à l'issue de ce « délai, la négociation s'engage avec les salariés qui ont indiqué être mandatés par une organisation [syndicale représentative de branche] ou, à défaut, avec des salariés élus non mandatés, conformément à l'article L. 2232-25 ». Bien que cela puisse prêter à discussion, ce texte ne vise que la négociation avec des élus (mandatés ou non) ; elle ne renvoie nullement à la négociation avec des salariés non élus dont la situation est régie par le nouvel article L. 2232-26 du Code du travail.

Il existe donc, du côté des salariés, une hiérarchie des négociateurs, l'élu mandaté venant en premier, l'élu non mandaté en second et le « simple » salarié mandaté en dernier. Ainsi à l'issue du délai d'un mois, la négociation débute avec le premier, ou à défaut le deuxième ou, enfin, à défaut d'élus souhaitant négocier, avec un ou plusieurs salariés mandatés.

42 - Dénonciation. Le législateur, s'il organise la révision et la conclusion dérogatoire, ne s'est, en revanche pas préoccupé de la dénonciation. Or, il serait utile que la collectivité des salariés puisse, par le truchement de ses élus ou des salariés mandatés, dénoncer une convention ou un accord collectif qu'elle estime contraire à ses intérêts.

43 - Élus mandatés. La négociation peut, en premier lieu, être conduite avec un ou plusieurs membres du comité social et économique mandatés par « une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel » (C. trav., art. L. 2232-24, al. 1). S'il peut y avoir plusieurs salariés mandatés, chaque organisation syndicale ne peut en mandater qu'un seul.

Un mandatement express est requis, ce qui ne laisse guère de place à un mandat apparent. Les organisations syndicales sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations, ce qui leur permet, si elles n'ont pas été déjà sollicitées par les salariés, d'éventuellement proposer un mandatement.

Cette négociation peut porter sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective. Elle permet de procéder à la conclusion d'une nouvelle convention ou d'un nouvel accord collectif ou à leur révision.

L'entrée en vigueur de l'accord ou de la convention est subordonnée à une approbation par les salariés à la majorité de suffrages exprimés (dans des conditions qui doivent être déterminées par décret).

44 - Élus non mandatés. La négociation avec des élus non mandatés, prévue par le nouvel article L. 2232-25 du Code du travail, ne peut porter que sur des 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 ». Comme pour la négociation avec un élu mandaté, elle peut conduire à un accord nouveau ou à un avenant de révision. Sa « validité » suppose une signature par des élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

45 - Salarié mandaté. La négociation avec un salarié mandaté, prévue par le nouvel article L. 2232-26 du Code du travail, semble réservée, à suivre la lettre du texte, aux entreprises « dont l'effectif habituel est supérieur à cinquante salariés ». Nous supposons qu'il s'agit d'une erreur matérielle, le législateur visant ici (c'est le titre de la section) les entreprises comportant au moins cinquante salariés.

Elle suppose soit l'absence d'élus, soit l'absence d'élus souhaitant négocier. Les conditions du mandatement ainsi que l'obligation pour l'employeur d'informer les organisations syndicales de branche sont identiques à celles qui s'appliquent à la négociation avec un élu mandaté. De même, des salariés mandatés peuvent conclure un nouvel accord ou un avenant de révision. La conclusion de ce dernier est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

3. Sécurisation

46 - Sécurisation. – La question de la sécurisation de la légalité des conventions et accords collectifs est déterminante. En effet, l'éventuelle nullité d'une stipulation conventionnelle emporte des conséquences considérables sur tous les salariés et toutes les entreprises comprises dans son champ d'application. Les affaires dites du « forfait-jour » ont mis en lumière un tel risque auquel le législateur souhaite apporter une réponse par le jeu d'une présomption et d'un encadrement des voies de recours.

47 - Présomption. – Le nouvel article L. 2262-13 du Code du travail²⁶ dispose désormais qu'il appartient à celui « *qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent* ». Une présomption a naturellement vocation à intervenir lorsqu'est en jeu la preuve des faits. Le nouveau texte aura pour conséquence d'imposer à la partie qui conteste la légalité de faire la preuve de ses allégations. Il n'est pas certain que cela modifie grandement le droit positif. En effet, c'est déjà à celui qui allègue l'illégalité d'un acte d'en apporter la preuve.

La présomption ne devrait pas avoir, en revanche, d'effet sur le terrain de la qualification juridique des faits. Il revient en effet au juge, c'est l'essence de son office, d'impérativement la déterminer.

Dès lors, l'effet technique de la formule paraît très limité. Le texte manifeste plus probablement l'esprit du dispositif, une forme d'esprit de faveur pour la licéité, variante de la *favor validitatis*, des dispositifs conventionnels qui pourra servir de guide à la jurisprudence.

48 - Encadrement de l'action. – L'encadrement du droit d'action, prévu dans le nouvel article L. 2262-14 du Code du travail, dans un délai très bref de prescription est le deuxième levier de sécurisation. En effet, les parties intéressées ont **un délai de deux mois** pour agir en nullité de tout ou partie de la convention ou de l'accord collectif. Le point de départ de ce délai est fixé :

- soit à la date de la notification de l'accord aux organisations syndicales représentatives prévue par l'article L. 2231-5 ;

- soit à la date de publication dudit accord dans la base de données nationale, prévue par l'article L. 2231-5-1 tel qu'il résulte de la loi du 8 août 2016.

Ce délai de deux mois laisse subsister les délais de contestations spécifiques aux accords passés dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, à la consultation des institutions représentatives du personnel (trois mois : *C. trav., art. L. 1233-24*) ou au plan de sauvegarde de l'emploi (deux mois à compter de la notification des licenciements : *C. trav., art. L. 1235-7-1*). Échappe également à ce régime le délai de contestation des ruptures conventionnelles collectives (deux mois à compter de la notification de la rupture : *C. trav., art. L. 1237-19-8*, qui résulte de l'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail).

L'efficacité de ce dispositif n'est guère avérée. En effet, il ne prémunit pas d'une action visant une autre fin que l'annulation de l'acte, telle que l'inopposabilité ou une éventuelle action en responsabilité. De surcroît, la difficulté peut aussi provenir de l'articulation entre l'acte collectif et le contrat individuel ; or en sécurisant l'action contre le premier on ne le fait pas pour le second. Dans l'affaire des forfaits en jours, la Cour de cassation n'a pas prononcé la nullité des conventions collectives mais a privé d'effet les clauses des contrats de travail prévoyant un forfait fondé sur une convention collective apportant des garanties insuffisantes. Il est enfin probable que la règle sera discutée en ce qu'elle limite le droit d'accès au juge.

49 - Dispositif transitoire applicable aux délais de recours. – Un dispositif de droit transitoire particulier a été prévu pour le texte de ce nouvel article L. 2262-14 du Code du travail²⁷.

- pour les conventions collectives négociées et conclues antérieurement à l'ordonnance n° 2017-1385, le délai de deux mois débute à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Autrement dit les conventions collectives de branche seront purgées du risque d'action en nullité dans deux mois **à compter du 24 septembre 2017**. Cependant, si un litige est en cours (instance introduite avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance) l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ;

- pour les conventions et accords collectifs postérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1385, la règle nouvelle de l'article L. 2262-14 du Code du travail s'applique immédiatement.

50 - Effets dans le temps de la décision judiciaire. – L'encadrement de l'application dans le temps des décisions de justice portant nullité d'un acte collectif est le dernier outil de « sécurisation » des accords prévu par l'ordonnance n° 2017-1385. L'effet déclaratif des décisions de justice produit inévitablement un effet rétroactif : lorsque le juge détermine pour la première fois la signification d'un texte, celle-ci est supposée avoir toujours existé... Le juge vient parfois mettre fin à une grande incertitude ou apporte une signification que peu avait pu raisonnablement anticiper. Dans ces cas, l'incorporation de cette interprétation au texte produit alors les mêmes effets qu'une loi rétroactive. Or, le juge judiciaire n'a pas les instruments du législateur pour organiser la mise en œuvre dans le temps de ses décisions (étant observé que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel pratiquent déjà la modulation dans le temps de leurs décisions).

Le nouvel article L. 2262-15 du Code du travail vient remédier à cette difficulté²⁸. En effet, **le juge peut désormais limiter les effets de sa décision pour l'avenir ou moduler ses derniers dans le temps**. Cette seconde voie lui permet d'envisager de multiples modalités de mise en œuvre dans le temps : il peut ainsi définir une date de départ de son interprétation, des montants différents de condamnation selon les périodes, un maintien (nécessairement temporaire) pour l'avenir d'une situation juridique constituée (permettant aux parties de procéder à une modification de leur convention ou de leur accord).

Sa décision dépend de son appréciation des conséquences de la nullité envisagée. Il convient qu'elle soit de nature à produire des « *conséquences manifestement excessives* » compte tenu des effets déjà produits et des situations déjà constituées. Le juge pourra aussi prendre en considération « *l'intérêt général* » (le forçant à raisonner au-delà de l'espèce qui lui est soumise) qui peut s'attacher à un maintien temporaire des effets de l'acte collectif concerné.

La décision du juge ne peut, en revanche, affecter les décisions judiciaires déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement. Cette réserve, inspirée du droit transitoire, surprend un peu. En effet, la décision du juge judiciaire n'a pas d'effet *erga omnes* ; elle est relative. En conséquence, elle n'affecte pas les autres affaires où les juges restent libres, eux aussi d'appliquer ou non le nouvel article L. 2262-15 du Code du travail.

La formule, qui ne vise que les actions en nullité, ne répond pas nécessairement à tous les risques que la contestation des actes collectifs porte. L'admission, cependant, d'une action du juge sur les effets dans le temps de sa décision est, à notre sens, une avancée considérable que le législateur pourrait, peut-être, étendre.

27. Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 15.

28. Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 4.

26. Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 4.

MOTS-CLÉS : Conventions et accords collectifs - Réforme - Articulation accord de branche/accord d'entreprise - Conclusion - Sécurisation

TEXTES : Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 1 à 4, art. 8 à 17.

JURISCLASSEUR : Travail Traité, fasc. 1-32, par Gérard Vachet

Annexe

Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1 à 4, art. 8 à 17 : JO 23 sept. 2017 (extraits)

(...)

Titre I^{er} : PLACE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Chapitre I^{er} : Rapports entre accords d'entreprise ou d'établissement et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, notamment accords de branche

Article 1

1° L'article L. 2232-5 du Code du travail est complété par un deuxième alinéa ainsi rédigé :

« Sauf disposition contraire, les termes « convention de branche » désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches. » ;

2° L'article L. 2232-5-1 est ainsi modifié :

a) Les premier et deuxième alinéas de l'article L. 2232-5-1 sont remplacés par les dispositions suivantes :

« La branche a pour missions :

« 1° De définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 dans les conditions prévues par lesdits articles. » ;

b) Le 2° de l'article L. 2232-5-1 est supprimé ;

c) Le 3° devient le 2° ;

3° L'article L. 2232-11 est complété par un deuxième alinéa ainsi rédigé :

« Sauf disposition contraire, les termes « convention d'entreprise » désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement. » ;

4° Les articles L. 2253-1 à L. 2253-3 sont remplacés par les dispositions suivantes :

« Art. L. 2253-1.-La convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes :

« 1° Les salaires minima hiérarchiques ;

« 2° Les classifications ;

« 3° La mutualisation des fonds de financement du paritarisme ;

« 4° La mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;

« 5° Les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale ;

« 6° Les mesures énoncées à l'article L. 3121-14, au 1° de l'article L. 3121-44, à l'article L. 3122-16, au premier alinéa de l'article L. 3123-19 et aux articles L. 3123-21 et L. 3123-22 du présent code et relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires ;

« 7° Les mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire énoncées aux articles L. 1242-8, L. 1242-13, L. 1244-3, L. 1251-12, L. 1251-35 et L. 1251-36 du présent code ;

« 8° Les mesures relatives au contrat à durée indéterminée de chantier énoncées aux articles L. 1223-8 du présent code ;

« 9° L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;

« 10° Les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai mentionnées à l'article L. 1221-21 du code du travail ;

« 11° Les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 ne sont pas réunies ;

« 12° Les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 1251-7 du présent code ;

« 13° La rémunération minimale du salarié porté, ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire, mentionnée aux articles L. 1254-2 et L. 1254-9 du présent code ;

« Dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes.

« Art. L. 2253-2.-Dans les matières suivantes, lorsque la convention de branche le stipule expressément, la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes :

« 1° La prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 ;

« 2° L'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;

« 3° L'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ;

« 4° Les primes pour travaux dangereux ou insalubres. »

« Art. L. 2253-3.-Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique. »

Chapitre II : Dispositions propres aux petites entreprises

Article 2

I.- Au premier alinéa de l'article L. 2232-10-1 du même code, le mot : « étendu » est supprimé.

II.- Après l'article L. 2261-23 du même code, il est inséré un article L. 2261-23-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 2261-23-1.-Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel doivent, sauf justifications, comporter, pour les entreprises de moins de cinquante salariés, les stipulations spécifiques mentionnées à l'article L. 2232-10-1. »

Chapitre III : Harmonisation et simplification des conditions de recours et du contenu de certains accords collectifs

Article 3

I.-L'article L. 2254-2 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 2254-2.-I.-Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord d'entreprise peut :

« aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;

« aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect du salaire minimum interprofessionnel de croissance et des salaires minima conventionnels mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ;

« déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

« II.-L'accord définit dans son préambule ses objectifs et peut préciser :

« 1° Les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée, ainsi que, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord ;

« 2° Les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée :

« -les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;

« -les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance ;

« 3° Les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés.

« Les dispositions des articles L. 3121-41, L. 3121-42, L. 3121-44 et L. 3121-47 s'appliquent si l'accord met en place notamment un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine.

« III.-Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

« Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord.

« IV.-Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord.

« V.-Si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20.

« VI.-Le salarié peut s'inscrire et être accompagné comme demandeur d'emploi à l'issue du licenciement et être indemnisé dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422-20. L'employeur abonde le compte personnel de formation du salarié dans des conditions et limites définies par décret. Cet abondement n'entre pas en compte dans les modes de calcul des heures créditées chaque année sur le compte et du plafond mentionné à l'article L. 6323-11. »

II.-A l'article L. 6323-15 du même code, avant la référence : « L. 5151-9 », il est inséré la référence : « L. 2254-2 ».

III.-La section 3 du chapitre II du titre II du livre II de la première partie du même code, les articles L. 2254-3 à L. 2254-6, ainsi que le chapitre V du titre II du livre I^{er} de la cinquième partie du présent code sont abrogés.

IV.-Le deuxième alinéa de l'article L. 2323-15 du même code est supprimé.

V.-Au premier alinéa du II de l'article L. 3132-25-3 du même code, les mots : « , soit par un accord conclu dans les conditions mentionnées aux II à IV de l'article L. 5125-4 » sont supprimés.

VI.-A l'article L. 5544-1 du code des transports, la référence : « L. 1222-7 » est supprimée.

Chapitre IV : Contestation d'un accord collectif

Article 4

Après l'article L. 2262-12 du code du travail, il est inséré trois articles ainsi rédigés :

« Art. L. 2262-13.-Il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent.

« Art. L. 2262-14.-Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter :

« 1° De la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ;

« 2° De la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas.

« Ce délai s'applique sans préjudice des articles L. 1233-24, L. 1235-7-1 et L. 1237-19-8 du code du travail.

« Art. L. 2262-15.-En cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement. »

(...)

Titre II : FAVORISER LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Chapitre I^{er} : Modalités de négociation, de conclusion d'un accord collectif et de recours à la consultation des salariés

Article 8

La sous-section 3 de la section 3 du chapitre II du titre III du livre II de la deuxième partie du même code est remplacée par les dispositions suivantes :

« Sous-section 3

« Modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise

« Paragraphe 1^{er}

« Modalités de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés

« Art. L. 2232-21.-Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code.

« La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord.

« Les conditions d'application de ces dispositions, en particulier les modalités d'organisation de la consultation du personnel, sont fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 2232-22.-Lorsque le projet d'accord mentionné à l'article L. 2232-21 est ratifié à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord valide.

« Paragraphe 2

« Modalités de négociation dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et cinquante salariés

« Art. L. 2232-23.-Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique, les dispositions des articles L. 2232-21 et L. 2232-22 s'appliquent.

« Art. L. 2232-23-1.-I.-Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et moins de cinquante salariés, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés :

« 1° Soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, étant membre ou non de la délégation du personnel du comité social et économique. A cet effet, une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié ;

« 2° Soit par un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique.

« Les accords ainsi négociés, conclus et révisés peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du présent code.

« II.-La validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandaté ou non, est subordonnée à leur signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

« La validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou plusieurs salariés mandatés, s'ils ne sont pas membres de la délégation du personnel du comité social et économique, est subordonnée à leur approbation 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.

« Paragraphe 3

« Modalités de négociation dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins cinquante salariés

« Art. L. 2232-24.-Dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, les membres de la délégation du personnel du comité social et économique peuvent négocier, conclure et réviser des accords collectifs de travail s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié.

« Les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations.

« La validité des accords ou des avenants de révision conclus en application du présent article est subordonnée à leur approbation 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.

« Art. L. 2232-25.-Dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, en l'absence de membre de la délégation du personnel du comité social et économique mandaté en application de l'article L. 2232-24, les membres de la délégation du personnel du comité social et économique qui n'ont pas été expressément mandatés par une organisation mentionnée à l'article L. 2232-24 peuvent négocier, conclure et réviser des accords collectifs de travail.

« Cette négociation ne porte que sur les accords collectifs de travail relatifs à des 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.

« La validité des accords ou des avenants de révision conclus en application du présent article est subordonnée à leur signature par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

« Art. L. 2232-25-1.-Pour l'application des articles L. 2232-24 et L. 2232-25, l'employeur fait connaître son intention de négocier aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine.

« Les élus qui souhaitent négocier le font savoir dans un délai d'un mois et indiquent, le cas échéant, s'ils sont mandatés par une organisation mentionnée à l'article L. 2232-24.

« À l'issue de ce délai, la négociation s'engage avec les salariés qui ont indiqué être mandatés par une organisation mentionnée au même article L. 2232-24 ou, à défaut, avec des salariés élus non mandatés, conformément à l'article L. 2232-25.

« Art. L. 2232-26.-Dans les entreprises dont l'effectif habituel est supérieur à cinquante salariés dépourvues de délégué syndical lorsque,

à l'issue de la procédure définie à l'article L. 2232-25-1, aucun membre de la délégation du personnel du comité social et économique n'a manifesté son souhait de négocier, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. A cet effet, une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié.

« Les organisations syndicales représentatives dans la branche de laquelle relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations.

« Le présent article s'applique de droit dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dans lesquelles un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel.

« Les accords négociés et conclus par un ou plusieurs salariés mandatés sur le fondement du présent article peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du présent code.

« 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.

« Paragraphe 4

« Conditions de négociation des accords conclus dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise

« Art. L. 2232-27.-Pour l'application des articles L. 2232-23 et L. 2232-26, chaque salarié mandaté dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans les limites d'une durée qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut excéder dix heures par mois. Les heures de délégation sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale. L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire.

« Le temps passé aux négociations prévues aux articles L. 2232-23, L. 2232-24 et L. 2232-25 n'est pas imputable sur les heures de délégation prévues à l'article L. 2315-7. Chaque membre de la délégation du personnel du comité social et économique appelé à participer à une négociation en application des articles L. 2232-23, L. 2232-24 et L. 2232-25 dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans les limites d'une durée qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut excéder dix heures par mois. Les heures de délégation sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale. L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire.

« Art. L. 2232-28.-Ne peuvent être mandatés les salariés qui, en raison des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés à l'employeur, ainsi que les salariés apparentés à l'employeur mentionnés au premier alinéa de l'article L. 2314-19.

« Art. L. 2232-29.-La négociation entre l'employeur et les membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou les salariés de l'entreprise mandatés se déroule dans le respect des règles suivantes :

« 1° Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur ;

« 2° Élaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs ;

« 3° Concertation avec les salariés ;

« 4° Faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche.

« Par ailleurs, les informations à remettre aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou aux salariés mandatés préalablement à la négociation sont déterminées par accord entre ceux-ci et l'employeur.

« Art. L. 2232-29-1.-Les accords d'entreprise ou d'établissement conclus selon les modalités définies aux paragraphes 1^{er} et 2 ne

peuvent entrer en application qu'après leur dépôt auprès de l'autorité administrative dans des conditions prévues par voie réglementaire.

« Art. L. 2232-29-2.-Pour l'application de la présente sous-section, le calcul de l'effectif se fait selon les modalités définies à l'article L. 2322-2. »

Article 9

Après le chapitre IV du titre III du livre II de la deuxième partie du code du travail, il est créé un chapitre IV bis ainsi rédigé :

« Chapitre IV bis

« Observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation

« Art. L. 2234-4.-Un Observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social tripartite est institué au niveau départemental par décision de l'autorité administrative compétente. Il favorise et encourage le développement du dialogue social et la négociation collective au sein des entreprises de moins de cinquante salariés du département.

« Art. L. 2234-5.-L'Observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social est composé :

« 1° De membres, salariés et employeurs ayant leur activité dans la région, désignés par les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau du département et par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel et multiprofessionnel. Chaque organisation répondant à ces critères dispose d'un siège au sein de l'Observatoire ;

« 2° De représentants de l'autorité administrative compétente dans le département.

« Il est présidé successivement par une organisation syndicale de salariés et une organisation professionnelle d'employeurs remplissant la condition d'activité réelle.

« Le secrétariat est assuré par l'autorité administrative compétente dans le département.

« Art. L. 2234-6.-L'Observatoire exerce les missions suivantes :

« 1° Il établit un bilan annuel du dialogue social dans le département ;

« 2° Il est saisi par les organisations syndicales ou professionnelles de toutes difficultés rencontrées dans le cadre d'une négociation ;

« 3° Il apporte son concours et son expertise juridique aux entreprises de son ressort dans le domaine du droit social.

« Art. L. 2234-7.-Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application de la présente partie et notamment les conditions de désignation des membres. »

Article 10

I.-L'article L. 2232-12 du même code est ainsi modifié :

1° Le deuxième alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée : « Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations. » ;

2° Au troisième alinéa, après les mots : « à compter de cette demande », sont insérés les mots : « ou de l'initiative de l'employeur » ;

3° Au quatrième alinéa, les mots : « les organisations signataires » sont remplacés par les mots : « une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants. »

II.- L'article L. 514-3-1 du code rural et de la pêche maritime est ainsi modifié :

1° Le douzième alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée : « Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble des organisations signataires. » ;

2° Au treizième alinéa, après les mots : « à compter de cette demande », sont insérés les mots : « ou de l'initiative de l'employeur » ;

3° Au quatorzième alinéa, les mots : « les organisations signataires » sont remplacés par les mots : « une ou plusieurs organisations syndi-

cales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisation représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants. »

Chapitre II : Modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords

Article 11

Au deuxième alinéa du IX de l'article 21 de la loi du 8 août 2016 susvisée, les mots : « 1^{er} septembre 2019 » sont remplacés par les mots : « 1^{er} mai 2018 ».

Chapitre III : Accélération de la procédure de restructuration des branches professionnelles

Article 12

I.- Au 1^o de l'article L. 2261-32 du code du travail, les mots : « est caractérisée par la faiblesse des effectifs salariés » sont remplacés par les mots : « compte moins de 5 000 salariés ».

II.- L'article 25 de la loi du 8 août 2016 susvisée est ainsi modifié :

1° Au IV, les mots : « trois ans » sont remplacés par les mots : « vingt-quatre mois » ;

2° Au V, les mots : « trois ans » sont remplacés par les mots : « vingt-quatre mois ».

Chapitre IV : Obligations d'information de l'employeur

Article 13

L'employeur informe chaque année, par tout moyen, de la disponibilité des adresses des organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche dont relève l'entreprise sur le site du ministère du travail.

Titre III : AUTRES DISPOSITIONS

Article 14

L'article 1^{er} et les VI et VII de l'article 24 de la loi du 8 août 2016 susvisée sont abrogés.

Article 15.

Les dispositions de l'article L. 2262-14 du code du travail, dans sa rédaction issue de la présente ordonnance, s'appliquent aux conventions ou accords conclus postérieurement à la date de publication de celle-ci.

Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation.

Pour les conventions ou accords conclus antérieurement à la publication de la présente ordonnance et pour lesquels aucune instance n'a été introduite avant cette publication, le délai de deux mois mentionné à l'article L. 2262-14 court à compter de cette publication.

Article 16

I.- Dans les matières mentionnées à l'article L. 2253-2 du code du travail dans sa rédaction issue de la présente ordonnance, les clauses des conventions et accords de branche, des accords professionnels et des accords interbranches conclues sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 2253-3 du même code dans sa rédaction antérieure à la présente ordonnance faisant obstacle à des clauses dérogatoires de conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement continuent de produire effet si un avenant confirme, avant le 1^{er} janvier 2019, la portée de ces clauses au regard de la convention ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement. Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux accords étendus.

II. - Dans les matières mentionnées à l'article L. 2253-2 du même code, les clauses des conventions et accords de branche, des accords professionnels et des accords interbranches mentionnées par l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 susvisée continuent de produire effet si un avenant confirme, avant le 1^{er} janvier 2019, la portée de ces clauses au regard de la convention ou de l'accord d'entreprise ou

d'établissement. Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux accords étendus.

III.– L'article 45 de la loi du 4 mai 2004 susvisée est abrogé.

IV.– Pour l'application de l'article L. 2253-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la présente ordonnance, les clauses des accords de branche, quelle que soit leur date de conclusion, cessent de produire leurs effets vis-à-vis des accords d'entreprise à compter du 1^{er} janvier 2018.

Article 17

Les dispositions de l'article 11 de la présente ordonnance s'appliquent, dès la publication de la présente ordonnance, aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés et aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 du code du travail.

Ces dispositions s'appliquent à compter du 1^{er} mai 2018 aux autres accords collectifs.

(...)