

FICHE 1 :

ORDONNANCE N°2017-1385 SUR LE RENFORCEMENT DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE ORDONNANCE N° 2017-1388 PORTANT DIVERSES MESURES RELATIVES AU CADRE DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

Fer de lance de la réforme du code du travail, l'ordonnance n°2017-1385 a pour objet de développer le dialogue social au sein de l'entreprise, et de faire de l'accord d'entreprise un instrument juridique incontournable dans la recherche de la performance économique et de la protection des salariés.

Pour autant, la vision politique de l'accord collectif comme un outil de régulation et d'adaptabilité de la norme sociale n'est pas nouvelle. En effet, la négociation collective en entreprise a connu une véritable montée en puissance notamment dès 2001 avec la signature d'une « *position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective* » afin de se voir reconnaître plus de légitimité et de moyens pour négocier au sein de l'entreprise. Les lois du 4 mai 2004 et du 20 mai 2008, celles du 14 juin 2013, du 17 août 2015 et enfin du 8 août 2016 ont progressivement accru la légitimité et le champ de l'accord d'entreprise. L'ordonnance sur le renforcement de la négociation collective généralise la logique de ces réformes : **l'accord d'entreprise devient la norme de référence du droit du travail.**

L'ordonnance n°2017-1388 prévoit, quant à elle, des mesures pour le renforcement du dialogue social, et permet d'une part de compléter les règles d'extension des accords collectifs afin d'améliorer et de sécuriser juridiquement le dispositif d'extension et d'autre part de définir les conditions dans lesquelles tout ou partie des stipulations d'une convention ou d'un accord étendu peut être élargi aux entreprises.

A noter : inversion de la hiérarchie des normes ou pas ?

Les commentateurs des ordonnances Macron ont souvent dénoncé l'« inversion de la hiérarchie des normes » consacrée par la réforme. Toutefois, cette expression est inexacte. En effet, la loi demeure supérieure aux autres normes. Le principe de faveur continue à s'appliquer en cas de norme inférieure plus favorable, qui prévaut ainsi sur la loi. Lorsque la norme inférieure est moins favorable, celle-ci ne s'applique que lorsque la loi l'y autorise expressément. La loi garde donc sa suprématie. En revanche, la loi du 8 août 2016 a instauré la logique de la supplétivité en lieu et place de la dérogation. Ainsi, dans le cadre fixé par la loi, l'accord d'entreprise détermine la règle applicable. A défaut d'accord collectif, la règle supplétive de la loi s'applique, telle une voiture-balai pour les entreprises n'ayant pas accès à la négociation collective.

Avec les ordonnances du 22 septembre 2017, cette logique devient le principe.

Articulation entre l'accord d'entreprise et l'accord de branche : qui peut négocier quoi ?

L'ordonnance relative au **renforcement de la négociation collective** opère une refonte globale de l'articulation entre la négociation collective de branche et la négociation collective d'entreprise. Le rôle de la branche est confirmé dans sa fonction de régulation économique et sociale, tandis que l'accord d'entreprise se voit doté d'une capacité d'initiative. L'articulation entre la négociation collective de branche et celle d'entreprise se décompose en trois blocs :

Bloc 1 : Primauté de l'accord de branche de plein droit (article L. 2253-1 du code du travail)

Exemples : salaires minimum, classifications, égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, financement du paritarisme, etc.

Dans les matières listées de ce bloc, **l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise** conclu antérieurement ou postérieurement à sa date d'entrée en vigueur, sauf lorsque l'accord d'entreprise assure des « *garanties au moins équivalentes* ».

Bloc 2 : Primauté facultative et expresse de la branche (faculté de verrouillage) (article L. 2253-2 du code du travail)

Exemples : Prévention des risques professionnels, maintien dans l'emploi des personnes handicapées, etc.

Dans ces matières, lorsque **l'accord de branche le stipule expressément** (« clause de verrouillage »), **il s'impose à l'accord collectif** conclu postérieurement à sa date

d'entrée en vigueur, sauf si celui-ci assure des « *garanties au moins équivalentes* ».

Ces dispositions sont d'application immédiate.

A noter : qu'est-ce qu'une « garantie au moins équivalente » ?

A l'heure actuelle, personne ne le sait encore... Le rapport au président de la République relatif aux ordonnances, publié le 23 septembre 2017, indique que cette équivalence de garantie ne s'apprécie pas individuellement mais « domaine par domaine ». De plus, le rapport poursuit : « si des salariés, via leurs délégués syndicaux ou leurs représentants élus, préfèrent bénéficier de primes pour l'innovation, ou pour la garde d'enfant au lieu de primes d'ancienneté, cela sera désormais possible. » Il reviendra à la jurisprudence de préciser cette notion au fur et à mesure des contentieux qui émergeront. Sans doute les juridictions se référeront elles à la définition retenue pour la comparaison entre dispositions de conventions collectives et principe de faveur.

A noter : quid de l'accord de branche conclu avant l'entrée en vigueur des ordonnances ?

L'article 16 de l'ordonnance règle le sort des accords de branche conclus avant son entrée en vigueur. Si cet accord de branche comporte une clause de verrouillage, cette clause pourra continuer de produire ses effets si un avenant confirme, avant le 1er janvier 2019, la portée de cette clause au regard des accords d'entreprise. A défaut, l'accord de branche perdra sa primauté à l'égard de l'accord d'entreprise.

Bloc 3 : Primauté de l'accord d'entreprise (article L. 2253-3 du code du travail)

Dans toutes les matières non listées dans les blocs 1 et 2, **les stipulations de l'accord d'entreprise**, qu'il soit conclu antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'accord de branche, **prévalent** sur les stipulations de cette dernière lorsqu'elles ont « *le même objet* ».

Cette primauté des accords d'entreprise sur la branche prendra effet à compter du 1^{er} janvier 2018.

A noter : prudence sur la notion de « même objet » !

La question existait déjà dans l'articulation entre usage et accord collectif, avec une appréciation assez stricte de cette notion d'identité d'objet.

Ainsi, à titre d'exemple, n'avaient pas le même objet l'accord collectif qui fixait les conditions d'attribution d'une prime (nombre d'années d'ancienneté, par exemple), et l'usage qui se rapportait au quantum de cette même prime.

De même, un accord portant sur le fractionnement des jours de congés n'avait pas le même objet qu'un usage sur les jours de congés.

Primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail

L'ordonnance renforçant la négociation collective instaure un **nouveau type d'accord collectif** qui prime sur le contrat de travail et qui peut, « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* » :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition
- aménager la rémunération
- déterminer les conditions de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

En réalité, cet accord regroupe les accords de réduction de temps de travail (ARTT), de mobilité interne (AMI), de préservation et de développement de l'emploi (APDE), ainsi que de maintien dans l'emploi (AME).

En effet, les stipulations de l'accord majoritaire conclu dans le cadre des dispositions de l'article L. 2254-2 du code du travail se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du code du travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Le salarié qui **refuse la modification** de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord s'expose à un **licenciement** qui repose sur un motif spécifique et qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement suit la procédure du licenciement pour motif personnel. L'employeur devra abonder le compte personnel de formation du salarié au terme de son contrat de travail et ce, dans des conditions qui seront définies par décret.

Avec qui peut-on négocier et conclure un accord collectif depuis les ordonnances Macron ?

Le monopole de la négociation collective dont disposent les organisations syndicales n'est pas remis en cause par les ordonnances Macron. **En d'autres termes, l'employeur ne peut pas contourner les délégués syndicaux (DS) pour proposer un accord collectif directement par la voie du référendum auprès des salariés.**

En l'absence de DS (ou de conseil d'entreprise), l'ordonnance sur le renforcement de la négociation collective vise à **faciliter la conclusion d'un accord collectif**, y compris dans des petites entreprises auxquelles la négociation collective n'était pas ouverte jusqu'à présent faute d'interlocuteur. En effet, le gouvernement a souhaité rendre cette négociation simple et accessible en facilitant la conclusion d'accords sans DS ni élu.

Désormais, en l'absence de DS, les modalités de négociation collectives sont les suivantes :

Moins de 11 salariés (jusqu'à 20 salariés en l'absence de CSE)	Entre 11 et 49 salariés	Au moins 50 salariés
Référendum par au moins 2/3 du personnel dans les 15 jours à compter de la communication du projet d'accord collectif par l'employeur à chaque salarié	<ul style="list-style-type: none"> - un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (branche, ou niveau national et interprofessionnel), membre ou non de la délégation du personnel au CSE + approbation par référendum à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret - un ou plusieurs membres de la délégation du personnel au CSE représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles 	<ul style="list-style-type: none"> - un ou plusieurs membres de la délégation du personnel au CSE expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (branche, ou niveau national et interprofessionnel) + approbation par référendum à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret En l'absence de membre de la délégation du personnel au CSE expressément mandatés : - un ou plusieurs membres de la délégation du personnel au CSE non mandatés, si ces derniers représentent la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles En l'absence de membre de la délégation du personnel au CSE ayant manifesté son souhait de négocier / en cas de PV de carence lors des élections professionnelles : - un ou plusieurs salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (branche, ou niveau national et interprofessionnel) + approbation par référendum à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret

Renforcement de la légitimité et de la sécurité des accords collectifs

Logique majoritaire de l'accord collectif

A compter du 1^{er} mai 2018, le caractère majoritaire devient la règle...

L'ensemble des accords collectifs devront être majoritaires à partir du 1^{er} mai 2018, et non plus du 1^{er} septembre 2019 comme initialement prévu par la loi du 8 août 2016. Cela signifie que l'accord doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (OSR) ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles (article L. 2232-12 du code du travail).

...avec une procédure de rattrapage par consultation des salariés en cas d'accord minoritaire

L'ordonnance prévoit néanmoins une possibilité de valider l'accord qui n'est pas conclu majoritairement, mais par des OSR ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles. En effet, dans ce cas, l'employeur ou les OSR ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur des OSR au premier tour des dernières élections professionnelles, signataires ou non de l'accord, peuvent demander l'organisation d'une consultation des salariés pour valider l'accord.

L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

Un décret doit préciser les conditions de la consultation des salariés.

Sécurisation de la contestation d'un accord collectif

Un délai de prescription des actions en nullité réduit à deux mois

Toute action en nullité d'un accord collectif doit être engagée avant l'expiration d'un délai de 2 mois, sauf dispositions législatives contraires pour certains accords.

A noter : quel est le point de départ de ce délai ?

- pour les accords d'entreprise :
 - à partir de la notification faite aux organisations syndicales disposant d'une section syndicale dans l'entreprise
 - dans tous les autres cas, à compter de la date de publication de l'accord dans la base de données nationale (mesure de la loi du 8 août 2016 qui devait être mise en place le 1^{er} septembre 2017 et qui ne l'est toujours pas)
- pour les accords de branche, à compter de la publication de l'accord dans la base de données nationale.

Ce délai s'applique uniquement aux accords conclus postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit à compter du 24 septembre 2017. Pour les autres accords (ceux conclus antérieurement), le nouveau délai de prescription de 2 mois court à compter de la publication de cette ordonnance.

A noter : la modulation des effets dans le temps de l'annulation de l'accord collectif

Le juge, saisi d'une action en nullité d'un accord collectif, peut décider que l'annulation ne produira des effets que pour l'avenir lorsqu'il considère que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des « *conséquences manifestement excessives* » ou encore moduler les effets de sa décision dans le temps, sans préjudice des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision.

Il s'agit donc d'une confirmation de la faculté pour le juge de moduler les effets de la nullité dans le temps.

Négociation obligatoire en entreprise

Les thèmes obligatoires de la négociation

L'employeur doit engager au moins une fois tous les 4 ans :

- une **négociation sur la rémunération**, notamment les salariés effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise
- une **négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes**, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et la qualité de vie au travail
- une **négociation sur la GPEC** (pour les entreprises d'au moins 300 salariés, ainsi que dans les entreprises ou groupes d'entreprises communautaires).

Maitrise de l'agenda social de l'entreprise grâce à l'accord de méthode

Déjà largement ouverte par la loi du 8 août 2016, **la voie de l'accord de méthode relatif à la négociation obligatoire en entreprise est généralisée.**

Ainsi, l'accord collectif de méthode définit, pour une durée maximale de 4 ans le calendrier, la périodicité des négociations (annuelles, triennales, quinquennales), les lieux de réunions, les thèmes, le contenu de chacun de ces thèmes, les modalités de négociation, les informations que les organisations patronales (dans les branches) ou l'employeur doivent remettre aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation et la date de cette remise ainsi que les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties.

A défaut d'accord collectif sur ce thème, les dispositions légales supplétives trouveront à s'appliquer (négociations annuelles, triennales et quinquennales). On retrouve ainsi la structure tripartite du code du travail instaurée par la loi du 8 août 2016 :

- ordre public
- champ de la négociation collective
- dispositions supplétives.

En l'occurrence, à défaut d'accord collectif, les négociations relatives à la rémunération et à l'égalité professionnelle sont annuelles, et les négociations sur la GPEC sont triennales.

Extension et élargissement des accords collectifs

L'ordonnance prévoit un **déla**i d'un mois à compter de la publication par l'autorité administrative d'un avis d'extension au JORF pour s'opposer à l'extension ou à l'élargissement d'un accord collectif.

L'ordonnance précise également le rôle accru du ministre du Travail qui peut :

- **refuser l'extension** des clauses d'un accord qui seraient en contradiction avec des dispositions légales, ou refuser l'extension d'un accord collectif pour des motifs d'intérêt général, notamment en cas d'atteinte excessive à la libre concurrence
- **étendre les clauses** nécessitant des stipulations complémentaires de la convention ou de l'accord de branche en subordonnant leur entrée en vigueur à l'existence d'un accord d'entreprise prévoyant ces stipulations
- de sa propre initiative ou à la demande écrite et motivée d'une organisation d'employeurs ou de salariés, **saisir un groupe d'experts** chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension d'un accord de branche
- **élargir à un secteur professionnel tout ou partie d'un accord de branche étendu**. Auparavant, le ministre du Travail ne pouvait qu'élargir un accord ou une convention que dans son entier.

A noter : accord de branche et importance des TPE

Pour pouvoir être étendus, les accords de branche doivent désormais comporter des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de 50 salariés ou, à défaut, justifier des motifs pour lesquels ils ne comportent pas de telles stipulations (article L. 2261-23-1 du code du travail).

Représentativité au niveau national et multi-professionnel

L'alinéa 3 de l'article L. 2152-2 du code du travail prévoit que le champ d'activité des professions libérales est désormais supprimé des secteurs ouverts à une représentativité au niveau national multi-professionnel. Est ainsi prise en compte la création de **l'Union des entreprises de proximité (U2P)**, issue du regroupement entre l'Union professionnelle des artisans (UPA) et l'Union nationale des professions libérales (Unapl).