



AVANT-PROPOS

L'équipe de Droit social du Cabinet ADAMAS poursuit, au travers de cette nouvelle **Brève d'actualité**, son approche pragmatique et fonctionnelle des inévitables changements apportés par les Ordonnances MACRON entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2018 et définitivement entérinées avec la loi de ratification du 29 mars 2018.

Le troisième thème abordé par cette **brève d'actualité** concernera « *La négociation collective* », dont les dispositions sont désormais en vigueur.

Tout est dans le titre ! Intitulée « *Renforcement de la négociation collective* », l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 remet au cœur des entreprises la possibilité de définir leurs propres règles d'organisation, au vu de leur activité et de leurs contraintes,

Pour y parvenir, la réforme s'est articulée autour de **deux grands axes** :

- > Instauration du principe de **primauté de l'accord d'entreprise** sur l'accord de branche, pour donner un sens et une utilité réelle à la négociation en interne ;
- > **Faciliter la négociation d'accords**, dans toutes les entreprises, quel que soit le cas de figure ou le niveau (présence ou non de partenaires sociaux, taille réduite, multi-établissements...).

Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2018, en ayant totalement bouleversé le cadre de la négociation collective, la réforme permet aux entreprises de toutes tailles, d'adapter véritablement le droit du travail aux spécificités de leurs activités, sans devoir s'en remettre (faute de mieux) aux fameux accords de branches.

1- LE CHAMP LIBRE LAISSÉ À LA NEGOCIATION D'ENTREPRISE ET SES LIMITES

Jusqu'alors, en dehors des cas obligatoires¹, l'intérêt de négocier au sein des entreprises pouvait s'avérer limité, dans la mesure où l'accord de branche prédominait en vertu du « Principe de faveur ».

Faute d'être mieux disant, l'accord d'entreprise n'avait donc pas lieu d'être. L'Ordonnance du 22 septembre 2017 met fin à ce raisonnement et renverse le principe.

¹ Par exemple : négociation annuelle obligatoire, articles L.2242-1 et suiv. du Code du travail



> Primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche : la nouvelle donne !

L'article 1^{er} de l'Ordonnance précitée est clair : en dehors de certains domaines réservés, la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche est instaurée, quand bien même il ne lui serait pas plus favorable.

Le principe est transposé à l'article L.2253-3 du Code du travail : « *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 ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique* ».

En dehors de certains domaines -relativement limités- réservés à la branche (Cf. infra), les entreprises peuvent désormais négocier des accords contenant des dispositions moins favorables que ceux prévus par la branche dans le même domaine.

> Deux exceptions au principe : réminiscence limitée du principe de faveur

L'Ordonnance prévoit deux exceptions au principe de la primauté de l'accord d'entreprise.

Primauté "impérative" de l'accord de branche

L'article L.2253-1 du Code du travail liste treize domaines dans lesquels la branche garde sa primauté sur l'accord d'entreprise qui lui est antérieur ou postérieur (notamment, la fixation des minimas salariaux, classifications conventionnelles, protection sociale complémentaire, certaines règles régissant le temps partiel, conditions de renouvellement de la période d'essai, etc.).

Rien n'interdit aux entreprises de négocier sur ces différents thèmes, mais l'accord d'entreprise devra toutefois assurer « **des garanties au moins équivalentes** »² à l'accord de branche (et non plus des garanties plus favorables).

Il est donc permis de penser que l'accord d'entreprise puisse prévoir des dispositions moins favorables que l'accord de branche dans les domaines précités, du moment que d'autres garanties soient accordées à titre de compensations.

Attention : Par exception, de rares domaines très réservés relèvent exclusivement de la branche. Ainsi, il n'est pas envisageable de conclure un accord d'entreprise sur les règles relatives au CDD d'usage, aux contrats de chantier et à la fixation de la durée minimale du temps partiel.

² L'équivalence s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à un même objet et non globalement

**Primauté "facultative" de l'accord de branche**

L'accord de branche a la faculté de prévoir expressément qu'il prévaudra sur l'accord d'entreprise conclu postérieurement dans quatre domaines supplémentaires³ : (i) la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels, (ii) l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, (iii) l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical et (iv) les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

Là encore, si la branche le prévoit, l'accord d'entreprise (postérieur cette fois) ne pourra comporter des stipulations différentes que s'il assure des « *garanties au moins équivalentes* » à celles de l'accord de branche.

Synthèse des règles de la primauté des accords (selon les domaines visés) :

Domaines	PRIMAUTE
Principe (Art. L. 2253-3 c.t)	<u>Primauté de l'accord d'entreprise</u> dans tous les domaines, sauf exceptions.
Exception 1 (Art. L. 2253-1 c.t)	Dans les 13 domaines listés (article L.2253-1 du Code du travail) <u>l'accord de branche prime</u> impérativement sur l'accord d'entreprise, sauf si ce dernier accorde des « <i>garanties au moins équivalentes</i> ».
Exception n°2 (Art. L. 2253-2 c.t)	Dans les 4 domaines listés (article L..2253-2 du Code du travail) <ul style="list-style-type: none"> - si l'accord de branche ne prévoit rien, <u>l'accord d'entreprise prévaut</u> ; - si l'accord de branche le prévoit expressément, il prime sur l'accord d'entreprise, sauf si ce dernier accorde des « <i>garanties au moins équivalentes</i> ».

> Négocier dans l'entreprise mais pour quoi faire ?

Les entreprises peuvent désormais adapter le droit du travail à leurs contraintes organisationnelles, et aux spécificités de leurs activités propres, de leur situation de leur secteur particulier...

Or, celles-ci sont (très) nombreuses. A titre d'exemple, les sociétés pourront trouver, selon les cas, un intérêt à négocier un accord d'entreprise sur le temps de travail (Organiser le travail en équipes, Itinérance et mobilité, Forfaits jours, gestion des heures supplémentaires, etc.), sur les ruptures conventionnelles collectives ou bien encore des accords de performance collective, etc.

³ Article L. 2253-2 du Code du travail



2- AVEC QUI NÉGOCIER ET COMMENT FAIRE ?

Longtemps, la négociation collective était perçue comme réservée aux grandes entreprises (dotées de partenaires sociaux) et souvent perçue comme impossible ou compliquée au sein des TPE et PME.

L'Ordonnance n°2017-1385 permet depuis le 1^{er} janvier 2018 à toute entreprise de négocier un accord. Différents dispositifs sont mis en place selon leur effectif.

> Dans les sociétés de moins de 11 salariés

Par définition, ces entreprises sont dépourvues de Comité Social et Economique (« CSE ») et de Délégués Syndicaux (« DS »), faute d'avoir un effectif suffisant.

Néanmoins, il est désormais possible de conclure un accord d'entreprise par le biais d'une ratification par les 2/3 des salariés d'un projet d'accord présenté par l'employeur. La procédure est la suivante :

ETAPES	COMMENTAIRES
Remise des projets (Art. R. 2232-12 c.t)	Le projet d'accord, accompagné du document fixant les modalités de d'organisation de la consultation, est remis aux salariés. Compte tenu des effectifs réduits, une remise en main propre contre décharge sera conseillée.
Consultation du personnel (Art. R. 2232-10 c.t)	La consultation ne peut être réalisée avant un délai de 15 jours courant à compter de la date de remise des documents et doit avoir lieu pendant le temps de travail, en dehors de la présence du chef d'entreprise. Lorsque le projet est ratifié à la majorité des 2/3 des voix exprimées, il est considéré comme un accord valide.
Publicité/dépôt de l'accord	L'employeur doit assurer la publicité des résultats par tout moyen. Classiquement la voie de l'affichage du procès-verbal sera privilégiée. Le procès-verbal des résultats annexé à l'accord doit ensuite faire l'objet d'un dépôt.

Toute contestation relative à l'organisation de la consultation (régularité de la procédure, liste des salariés, etc.) relève de la compétence du Tribunal d'Instance.

> Dans les sociétés de 11 à 20 salariés

L'Ordonnance distingue les cas, selon que l'entreprise est dotée ou non d'un CSE :

- si la société est dépourvue de CSE, l'accord d'entreprise est obligatoirement conclu via la ratification du projet par référendum, selon les mêmes modalités que celles prévues pour les entreprises de moins de 11 salariés ;

- en revanche, si la société est dotée d'un CSE, l'accord d'entreprise devra alors être obligatoirement conclu avec un ou plusieurs salariés mandatés par une organisation syndicale représentative (« OSR ») ou par un membre du CSE, selon les modalités exposées ci-après pour les sociétés de 21 à 49 salariés.



> Dans les sociétés de 21 à 49 salariés

Dès que la société dépasse le seuil de 20 salariés, il n'est plus envisageable d'appliquer la procédure de ratification référendaire du projet d'accord aux 2/3 des suffrages exprimés.

En l'absence de délégué syndical, l'accord d'entreprise devra ainsi être négocié et conclu obligatoirement avec un salarié mandaté et/ou membre du CSE, selon l'une des deux procédures suivantes :

-cas de l'accord signé par un membre du CSE mandaté ou non : l'accord sera valablement conclu avec un ou plusieurs membres du CSE ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections⁴ ;

-cas de l'accord signé avec un salarié mandaté non-membre du CSE : après avoir été conclu, l'accord d'entreprise devra ensuite faire l'objet d'une approbation (et non d'une ratification) des salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Dans ce dernier cas, la consultation des salariés pour approbation devra intervenir dans le délai de 2 mois suivant la conclusion de l'accord ; lequel aura été adressé aux OSR qui auront mandaté un salarié. Le personnel de l'entreprise, devra avoir été rendu destinataire 15 jours avant la tenue du referendum, du projet d'accord et des modalités de tenue du scrutin définies par l'employeur, après consultation du CSE.

Attention : il conviendra de ne surtout pas confondre la procédure d' « homologation » (référendum par 2/3 des salariés) prévue pour les sociétés de 11 à 20 salariés n'ayant pas de CSE, avec la procédure d' « approbation » (référendum par 50% des salariés) appliquée dans les sociétés ayant un effectif de 11 à 49 salariés et dotées d'un CSE.

> Dans les sociétés d'au moins 50 salariés

L'Ordonnance « Macron » subordonne la faculté de négocier un accord d'entreprise selon les nouvelles modalités, à l'absence de Délégués Syndicaux dans l'entreprise.

Lorsque l'employeur souhaite négocier un accord d'entreprise dans ces conditions, il lui appartient alors :

- de faire connaître son intention de négocier aux membres du CSE par tout moyen permettant de conférer une date certaine à cette information ;
- d'en informer parallèlement les OSR ;

⁴ Le ou les salariés mandatés devront avoir recueillis ensemble au moins 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections du CSE.



Les élus du CSE qui souhaitent négocier le font savoir à l'employeur dans un délai d'un mois et indiquent le cas échéant, s'ils sont mandatés par une OSR.

Dès lors, plusieurs cas peuvent se présenter :

Cas n°1 : un ou plusieurs membres du CSE informent l'employeur dans les délais, qu'ils souhaitent négocier et qu'ils ont été mandatés par une OSR ;

Cas n°2 : à défaut, un ou plusieurs membres du CSE informent l'employeur dans les délais, qu'ils souhaitent négocier mais qu'ils n'ont pas été mandatés par une OSR ;

Cas n°3 : à défaut, si aucun membre du CSE n'a répondu favorablement dans le délai à l'invitation de l'employeur à l'issue du délai d'un mois.

Selon les différentes situations, l'accord d'entreprise pourra être conclu selon l'une des modalités suivantes :

Avec qui conclure ?	Sur quels thèmes ?	Selon quelle procédure ?
Cas n°1 : avec un membre du CSE mandaté par une OSR.	Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise (Art. L. 2253-3 c.t).	Après avoir été signé, l'accord est soumis à l'approbation par referendum des salariés à la majorité des suffrages exprimés.
Cas n°2 : avec un membre du CSE non-mandaté.	Uniquement sur les thèmes dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif.	Signature de l'accord par un ou plusieurs membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections.
Cas n°3 : avec un salarié non-membre du CSE mais mandaté par une OSR.	Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise (Art. L. 2253-3 c.t)	Après avoir été signé, l'accord est soumis à l'approbation par referendum des salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Là encore, le Tribunal d'Instance sera compétent pour entendre toute contestation relative aux accords conclus avec des salariés mandatés.



CONTACTS



Sylvain LEMPLIER

Avocat Associé

Tél. 04.78.38.64.18 / Mob. 06.20.99.44.57

sylvain.letemplier@adamas-lawfirm.com



Christophe COUGNAUD

Avocat Counsel

Tél. 04.72.41.15.75

christophe.cougnaud@adamas-lawfirm.com



Lyon : + 33 (0) 4 72 41 15 75

Paris : +33 (0) 1 53 45 92 22



www.adamas-lawfirm.com

Pour recevoir nos lettres d'information, faites-en la demande sur : infocom@adamas-lawfirm.com
Pour consulter toutes nos lettres d'informations, rendez-vous sur : www.adamas-lawfirm.com

Les articles contenus dans cette newsletter sont fournis à des fins d'information uniquement et ne peuvent en aucun cas constituer une consultation ou un avis juridique. De ce fait, la responsabilité de leurs auteurs ou du cabinet ADAMAS ne saurait en aucun cas être engagée au titre de l'utilisation faite par les lecteurs des informations contenues dans cette lettre.

Toute personne qui souhaiterait utiliser les informations contenues dans la présente lettre à des fins autres que d'information personnelle devra au préalable avoir recours aux conseils d'un professionnel du droit dûment habilité à fournir des conseils juridiques.

L'intégralité des contenus de cette lettre, ainsi que le logo et la marque ADAMAS sont protégés par des droits de propriété intellectuelle qui sont la propriété exclusive du cabinet ADAMAS ou des auteurs qui lui sont liés. Ces contenus, logo et marque ne peuvent être reproduits, même partiellement, sans leur autorisation.

Conformément à la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Vous disposez également du droit de vous désabonner de la liste de diffusion de cette lettre. Vous pouvez exercer ces droits en vous adressant à : infocom@adamas-lawfirm.com