

Comment négocier

**2^{ème} édition
Juillet 2017**

en entreprise

après la loi Travail ?



**À jour des décrets
d'application**

 **GROUPE
ALPHA**
CENTRE ÉTUDES & PROSPECTIVE

 **SECAFI**
Groupe ALPHA

En partenariat avec :
 **ATLANTES**
AVOCATS

Préambule

- 07** *Comprendre l'inversion de la hiérarchie des normes pour construire une stratégie de négociation*
- 11** *Qui peut négocier dans l'entreprise ?*
- 14** *Quels moyens pour négocier ?*
- 19** *Quelles règles pour valider les accords et les réviser ?*
- 23** *De la règle à la pratique : comment négocier sur la durée du travail ?*

Annexes

- 30** *L'accord de préservation ou de développement de l'emploi*
- 32** *Le licenciement économique et le licenciement en cas de transfert d'entreprise*
- 34** *Les autres nouveautés sur le fonctionnement des instances représentatives du personnel*

Nb : Toutes les mesures présentées dans ce document sont à jour des décrets d'application parus en mai 2017.

Vers une nouvelle loi Travail ?

L'ultime loi du quinquennat « Hollande » relative au « dialogue social »

La loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels a été promulguée le 8 août 2016. Certains articles étaient d'application immédiate, d'autres d'application différée, jusqu'en 2019 pour certains d'entre eux. Certains articles nécessitaient des décrets d'application qui sont parus au fil de l'eau depuis octobre 2016, le dernier en date intervenant au lendemain du second tour de l'élection présidentielle, soit le 9 mai 2017. La réédition de cette brochure permet d'intégrer ces mises à jour.

La loi dite « Travail » s'applique donc désormais dans les entreprises, de premiers accords sur le temps de travail « nouvelle version » ont été négociés, de premiers référendums d'entreprise ont eu lieu... Il sera utile de dresser les premiers éléments de bilan de l'application de la loi dite « Travail » dans les entreprises et de ses conséquences sur la négociation collective. Et, plus largement, de faire le bilan de la succession des lois relatives au « dialogue social » : la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 ; la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale ; la loi, dite « Macron », du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; la loi dite « Rebsamen », du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi et, donc, la loi, dite « Travail », du 8 août 2016. Chacune de ces lois modifie les missions et mandats des élus et représentants du personnel. Où en sont les relations sociales dans les entreprises ? Quels ont été les effets de cette série de lois sur la négociation des accords d'entreprise, sur la mise en oeuvre des plans de sauvegarde de l'emploi, sur les pratiques et les moyens des représentants du personnel, et plus généralement sur les conditions d'emploi et de travail des salariés ?

L'évolution du paysage conventionnel

La loi dite « Travail » prévoit également que les branches professionnelles définissent, avant fin 2018, leur ordre public conventionnel, c'est-à-dire les matières dans lesquelles les accords d'entreprises ne pourront pas être moins favorables que les accords de branche. L'enjeu est de taille puisque en l'absence de conclusion d'un accord sur l'ordre public conventionnel, l'employeur aura la possibilité de déroger à la convention collective par voie d'accord d'entreprise. Par ailleurs, dans le cadre du mouvement de restructuration des branches professionnelles prévu par la loi dite « Travail » avec la volonté de réduire leur nombre de 700 à 200 d'ici trois ans, l'absence de négociation sur l'ordre public conventionnel compte au titre des critères retenus par le ministère du travail pour fusionner les branches.

Entre la restructuration des branches professionnelles et la renégociation des conventions collectives, le paysage conventionnel devrait sensiblement évoluer.

Le projet des ordonnances Travail

Le nouveau Gouvernement a annoncé sa volonté de légiférer par ordonnances afin de réformer rapidement le Code du travail. Les consultations des organisations syndicales et patronales ont débuté au lendemain de la nomination du Gouvernement et un projet de loi d'habilitation devrait être voté au Parlement fin juillet, des ordonnances étant annoncées pour la fin septembre.

Le moment venu, un décryptage sera effectué. Il est toutefois utile de préciser, ci-avant, en quoi consiste de légiférer par ordonnance.

L'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de prendre des mesures, sous réserve d'obtenir l'autorisation préalable du Parlement, via le vote d'une loi d'habilitation. Les ordonnances, prises en Conseil des ministres et signées par le Président de la République, entrent en vigueur dès leur publication. Néanmoins, un projet de loi de ratification doit être déposé devant le Parlement dans le délai fixé par la loi d'habilitation. L'ordonnance acquiert alors valeur de loi si elle est ratifiée par le Parlement, sinon elle conserve une valeur simplement réglementaire.

Le programme de travail « pour rénover notre modèle social », présenté par le Gouvernement le 6 juin 2017, est peu développé quant au contenu du projet des ordonnances Travail. Trois champs sont indiqués :

- L'articulation des normes entre les règles d'ordre public définies par la loi et celle renvoyées à la négociation collective, en arbitrant entre celles relevant de l'accord d'entreprise et celles fixées par accord de branche. Il s'agit d'accélérer et d'approfondir le mouvement de réécriture du Code du travail initié par la loi du 8 août et que la commission de refondation du Code du travail devait poursuivre d'ici 2018.
- La « simplification et le renforcement du dialogue économique et social », avec, notamment, la question de la fusion des instances représentatives du personnel. Il s'agit d'accentuer ce qui a été initié par la loi Rebsamen de 2015 qui prévoyait la possibilité d'une instance unique de représentation du personnel dans les entreprises de moins de 300 salariés et seulement en cas d'accord d'entreprise dans celles de plus de 300 salariés.
- La « sécurisation des relations de travail », illustrée, en particulier, par l'instauration d'un barème des indemnités prud'homales en cas de licenciement abusif avec l'introduction d'un plafond, mesure déjà introduite dans la loi Macron de 2015, mais refusée par le Conseil constitutionnel, puis réapparue dans le premier projet de loi Travail, avant d'être finalement retiré.

Le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, adopté en Conseil des Ministres le 28 juin 2017, repose sur ces « trois piliers » en les déclinant de façon plus précise.

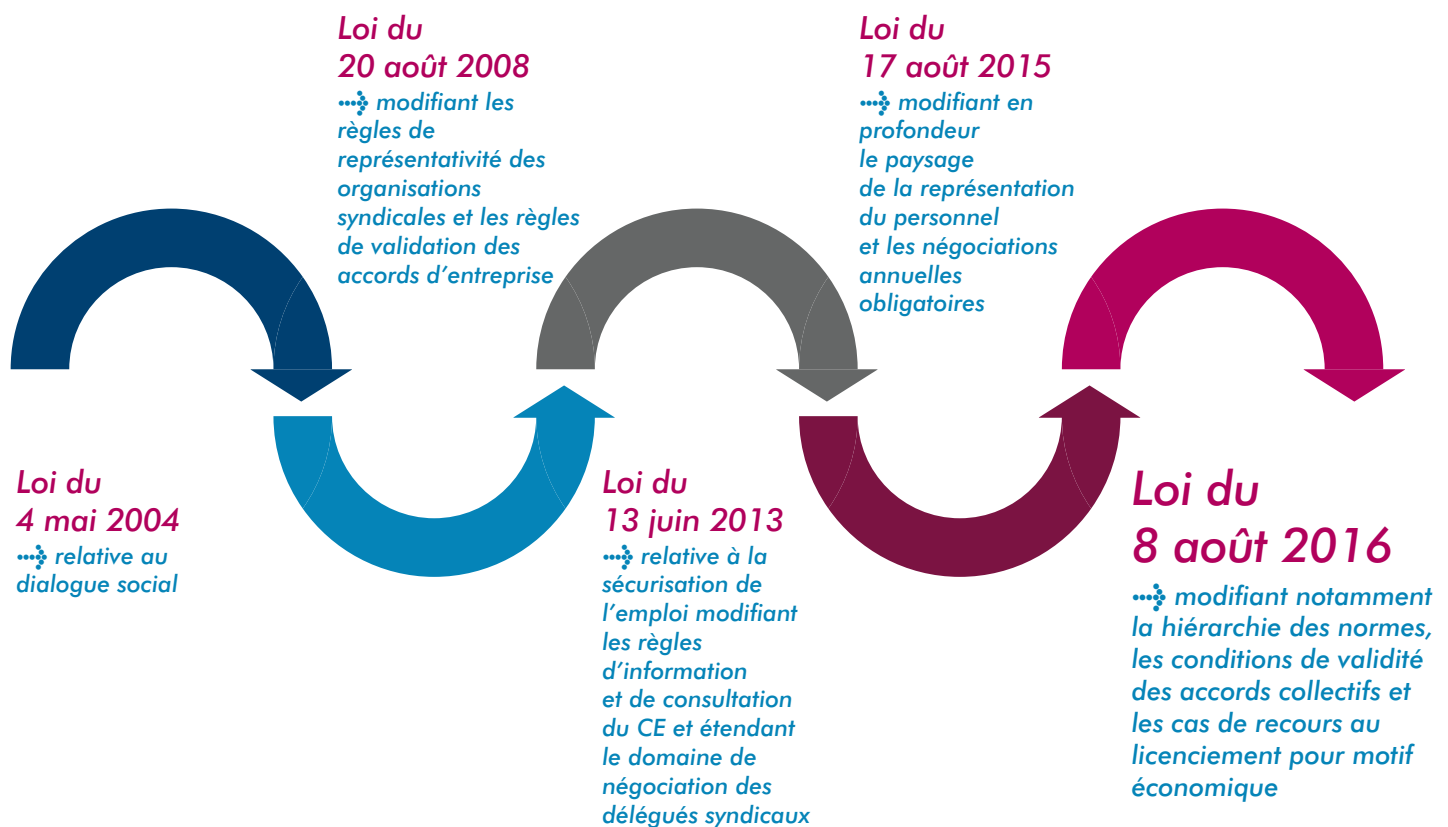
Nous ne manquerons pas de suivre le développement des ordonnances et de poursuivre notre travail de décryptage.

En attendant, il n'en reste pas moins que la loi dite « Travail » s'applique. Les élus et mandatés dans les entreprises, les syndiqués sur le terrain doivent se l'approprier pour :

- Connaître le nouveau cadre juridique dans lequel ils vont exercer leurs mandats et prérogatives et faire valoir les droits des salariés.
- Répondre au mieux aux nombreuses interrogations nées de ce nouvel arsenal juridique.
- Utiliser tous les leviers à leur disposition pour faire avancer leurs revendications dans ce nouveau contexte.

Ce décryptage d'une loi dite « Travail » dense, touffue, se veut ainsi un outil pour aider les représentants du personnel à se saisir, dans les meilleures conditions, de ces dispositions et à construire un meilleur équilibre des rapports de force au sein des entreprises.

Historique des dernières lois relatives au dialogue social



Comprendre l'inversion de la hiérarchie des normes pour construire une stratégie de négociation

Inverser la hiérarchie des normes ne simplifie pas la vie des représentants du personnel sur le terrain. Cela implique pour eux de connaître parfaitement les différents niveaux d'élaboration du droit du travail et de maîtriser leur articulation pour construire une stratégie de négociation adaptée.

L'entreprise devient le niveau central de négociation et de construction du droit social. Sous réserve de respecter l'ordre public défini par le Code du travail et l'ordre public conventionnel défini par la branche professionnelle de rattachement, tout peut donc se négocier au niveau de l'entreprise. Notamment des dispositions moins favorables que celles prévues auparavant par la loi ou par la branche, devenues aujourd'hui des dispositions supplétives applicables uniquement en l'absence d'accord.

Le triptyque de la refondation du Code du travail

Le fameux article 2 de la loi Travail (devenu l'article 8 dans la version définitive) a cristallisé les débats car il porte la philosophie générale de la loi qui modifie le paradigme du droit français jusqu'ici placé sur le principe de faveur et la hiérarchie des normes.

Désormais, le droit du travail sera régi selon 3 principes :

- L'ordre public défini par la loi, auquel on ne peut pas déroger.
- Le champ de la négociation collective, au niveau de l'entreprise et/ou de la branche.
- Les dispositions supplétives définies par la loi qui s'appliquent uniquement en l'absence d'accord d'entreprise et/ou de branche.

Ces nouvelles règles s'appliquent dès aujourd'hui pour les domaines de la durée du travail, des congés payés et des congés spécifiques.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.3111-3.**

Le nouveau rôle des branches professionnelles

- L'accord d'entreprise ne pourra pas déroger aux accords de branche dans 6 domaines qui constituent un socle social minimal de garanties : Salaires - Classifications - Complémentaire santé et prévoyance - Mutualisation des fonds de la formation professionnelle - Pénibilité - Egalité femmes/hommes.
- À l'inverse, la primauté de l'accord d'entreprise est consacrée pour le domaine de la durée du travail et des congés.
- Pour les autres sujets, les branches doivent engager, avant août 2018, des négociations pour définir l'ordre public conventionnel de la branche, c'est-à-dire les thèmes sur lesquels les accords d'entreprise ne pourront pas être moins favorables que les accords de branche.

Les branches devront mettre en place des commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation, qui définiront l'agenda social de la branche et établiront un rapport annuel d'activité.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2253-3 ; L.2232-5-1 ; L.2232-9.**

Chiffres clés

Plus de 700 conventions collectives de branche...

... couvrent 15 millions de salariés. La taille des branches professionnelles est très inégale : 400 conventions collectives concernent, chacune, moins de 5 000 salariés quand d'autres couvrent plusieurs centaines de milliers de salariés.

Source : DARES



BON À SAVOIR

La restructuration des branches


Plusieurs mesures sont prévues pour réduire le nombre de branches à 200 d'ici 3 ans :

- Fusion des branches, dont le champ d'application est uniquement régional ou local, et de celles n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant depuis plus de 15 ans et ce, avant décembre 2016.
- Fusion des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant depuis plus de 7 ans d'ici août 2019.

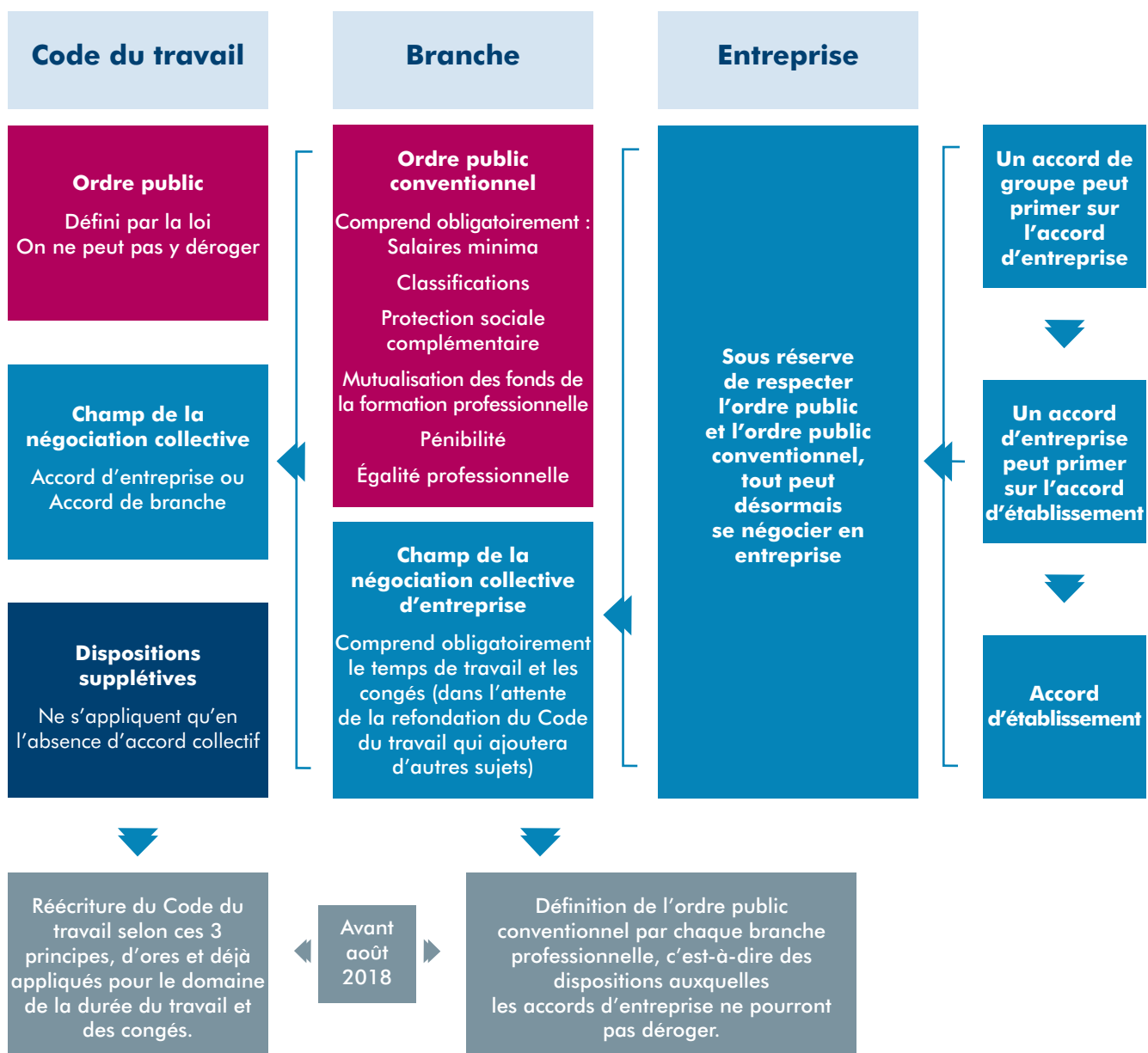
La loi prévoit un délai de 5 ans pour harmoniser les conventions collectives suite à une fusion de branche.

À défaut d'accord, la convention collective de la branche de rattachement s'appliquera automatiquement.

Les arrêtés de fusion de branche ont commencé à être publiés : 9 branches fusionnées par arrêté du 5 janvier 2017, puis 5 branches fusionnées par arrêté du 28 avril 2017.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2261-32 ; L.2261-33.**

Comprendre l'inversion de la hiérarchie des normes en 1 schéma



La primauté donnée à la négociation de groupe

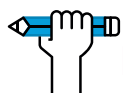
Au niveau de la négociation d'entreprise, de nouvelles règles d'articulation entre les accords conclus au niveau du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement sont établies.

Désormais, toutes les négociations prévues au niveau de l'entreprise par le Code du travail peuvent être engagées au niveau du groupe. Lorsque des négociations obligatoires sont engagées au niveau du groupe, les entreprises appartenant à ce groupe sont dispensées d'engager elles-mêmes les négociations sur ces thèmes.

L'accord de groupe peut déroger à l'accord de branche.

Et, il peut se substituer aux accords d'entreprise et d'établissement, même s'il est moins favorable aux salariés. L'accord d'entreprise peut, lui, se substituer aux accords d'établissement.

 Textes de référence dans le Code du travail : L.2232-32 à L.2232-35 ; L.2253-5 ; L.2253-6.



BON À SAVOIR

Accords interentreprises

Conclus entre plusieurs entreprises, ces accords se négocient entre les employeurs et les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises concernées. Ils peuvent se substituer aux accords d'entreprise et d'établissements. Ces dispositions concernent au premier chef les accords d'UES (Unité économique et sociale). Elles peuvent aussi trouver une utilité entre différentes entreprises d'un même bassin d'emploi.

 Textes de référence dans le Code du travail : L.2232-36 ; L.2253-7.



EN CONCLUSION

La négociation d'entreprise devient un enjeu majeur pour les délégués syndicaux dont la responsabilité s'accroît puisqu'ils vont désormais « faire le droit » dans bien des domaines. Mais c'est aussi un enjeu pour leurs missions traditionnelles consistant à veiller au respect des droits des salariés dans l'entreprise. Pour exercer cette mission, encore faut-il y voir clair sur le droit qui est censé s'appliquer... Il devient alors crucial pour les représentants du personnel de se documenter sur l'ordre public, l'ordre public conventionnel, les dispositions supplétives, les éventuels accords de groupe, d'entreprise et d'établissement existants afin d'avoir une vision claire des points d'appui potentiels et des marges de manœuvre existantes.

Par ailleurs, la négociation de groupe est renforcée au détriment de la négociation d'entreprise. Les organisations syndicales devront veiller à leur représentativité au niveau du groupe pour pouvoir peser sur ces négociations. Et s'assurer que les salariés ne se retrouvent pas dépossédés d'un niveau de négociation, le groupe, beaucoup plus éloigné de leurs préoccupations quotidiennes.

Enfin, la restructuration des branches professionnelles qui s'engage pourra avoir des conséquences très concrètes pour les salariés. Certains changeront de convention collective suite aux fusions de branches qui sont prévues.

Chiffres clés

Une majorité de salariés travaille dans un groupe

Plus des deux tiers des salariés travaillent dans un groupe (et jusqu'à 83% des salariés, hors micro-entreprises). Dans 80% des cas, il s'agit d'un groupe français et, dans les 20% restants, d'un groupe étranger.

Source : INSEE, 2012

Nb : Les micro-entreprises comptent moins de 10 salariés et moins de 2 millions d'€ de chiffre d'affaires.



QUESTION

Les accords de groupe peuvent-ils primer sur des accords d'entreprise conclus antérieurement ?

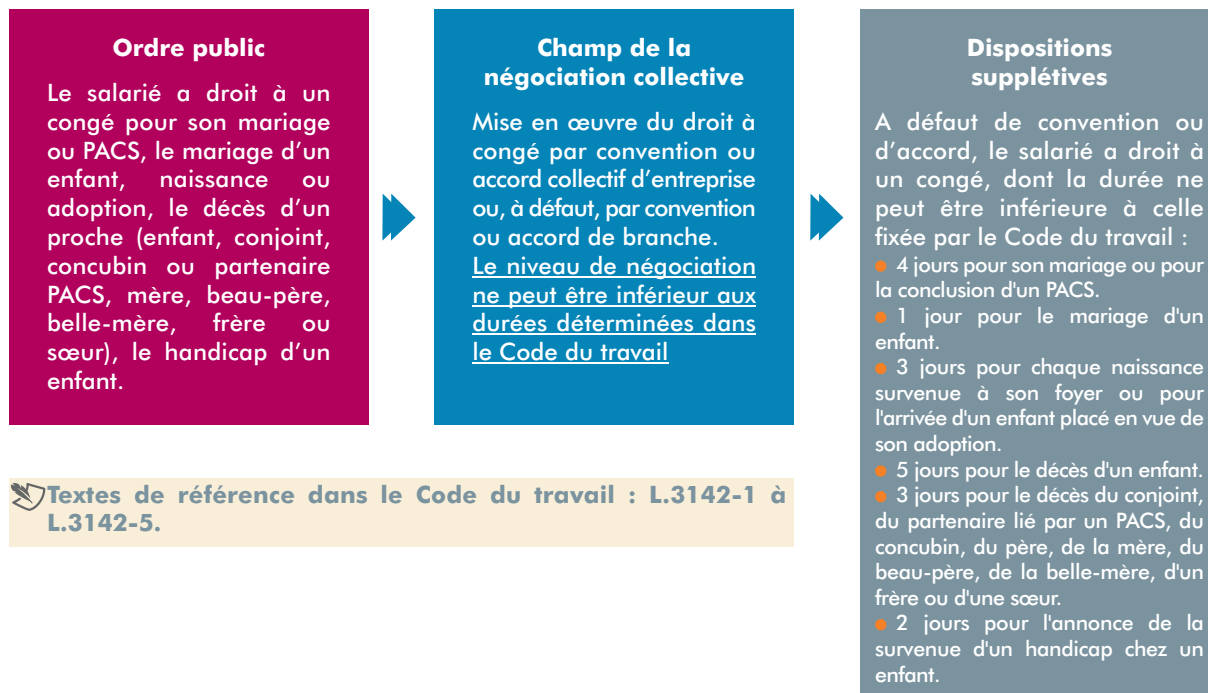
Oui, désormais un accord de groupe peut se substituer à des accords d'entreprise conclus antérieurement ou postérieurement, même s'il est moins favorable aux salariés. Selon le même principe, un accord d'entreprise pourra se substituer à un accord d'établissement même antérieur et même plus favorable.

 Texte de référence dans le Code du travail : L.2253-5.

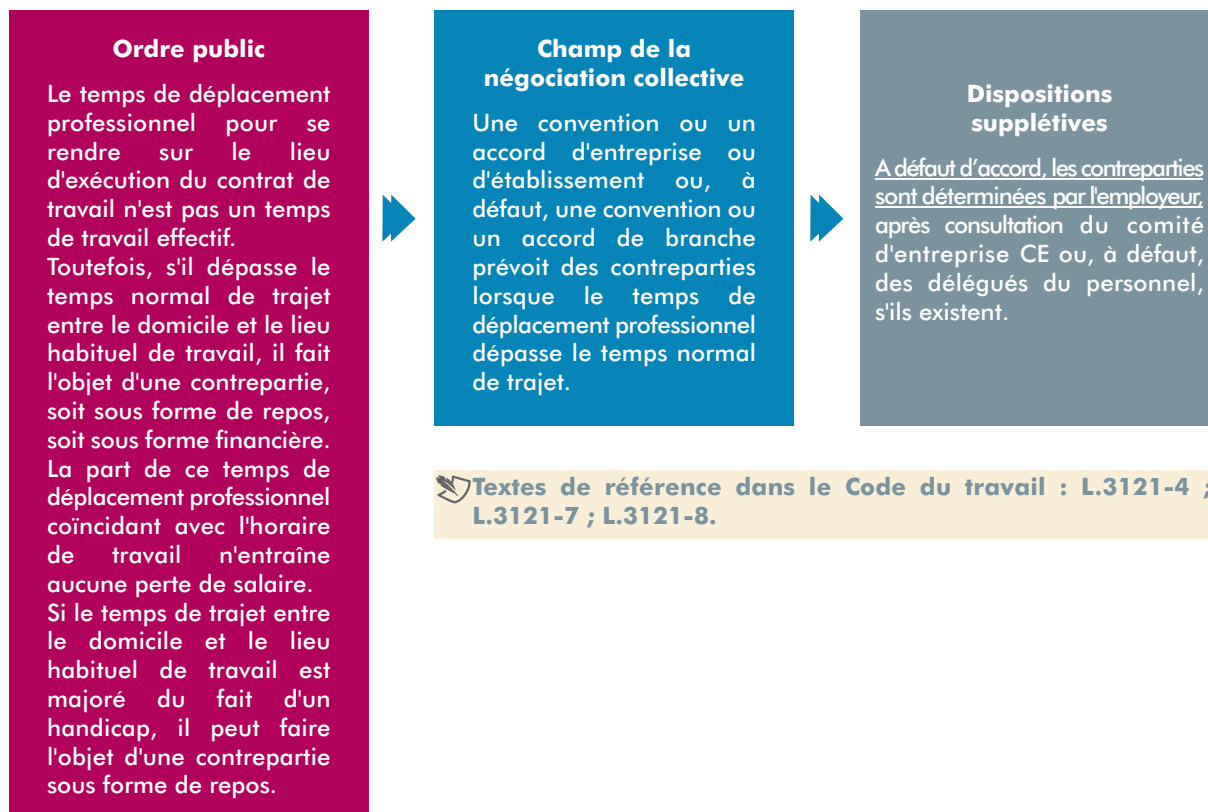
Illustrer l'inversion de la hiérarchie des normes avec des cas concrets

Ces exemples permettent d'illustrer l'application des nouveaux principes d'articulation des normes mais, surtout, d'apprécier les différentes formes d'application selon les sujets... Nuances qui participent aussi de la complexité de la loi Travail ! En complément, voir aussi l'exemple sur les heures supplémentaires dans le chapitre sur la durée du travail.

Le cas des congés pour événements familiaux



Le cas des temps de déplacements professionnels



Règles de négociation, conclusion ou révision d'accord en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise

1/ Avec **DES ELUS MANDATES PAR UNE ORGANISATION SYNDICALE** représentative dans la branche, au niveau national ou interprofessionnel

Absence de délégué syndical

Une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié.
Information, à leur niveau, des organisations syndicales par l'employeur de sa décision d'engager des négociations.
Approbation par les salariés de l'accord signé à la majorité des suffrages exprimés.

 Textes de référence dans le Code du travail : L.2232-21 ; L.2232-21-1.

SINON 

2/ Avec **UN OU PLUSIEURS SALARIES MANDATES PAR UNE ORGANISATION SYNDICALE** représentative dans la branche, au niveau national ou interprofessionnel

Absence de délégué syndical

Une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié.
Information, à leur niveau, des organisations syndicales par l'employeur de sa décision d'engager des négociations.
Les accords peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement.
Approbation par les salariés de l'accord signé à la majorité des suffrages exprimés.
Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

 Textes de référence dans le Code du travail : L.2232-24 et suivants.

SINON 

3/ Avec **DES ELUS NON MANDATES** (titulaires CE, DUP, instance commune ou DP à défaut)

Absence de délégué syndical

La 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 portant sur des licenciements économiques.
La validité des accords ou des avenants est subordonnée à leur signature par des membres titulaires élus au CE ou à la DUP ou, à défaut, par des délégués du personnel titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Si cette condition n'est pas remplie, l'accord ou l'avenant de révision est réputé non écrit.
Ces accords sont transmis pour information à la commission paritaire de branche. L'accomplissement de cette formalité n'est pas un préalable au dépôt et à l'entrée en vigueur des accords.

 Texte de référence dans le Code du travail : L.2232-22.

La spécificité des accords d'intéressement et de participation

Pour mémoire, les accords d'intéressement et de participations sont conclus selon des modalités spécifiques :

- 1 • Par convention ou accord collectif de travail.
- 2 • Par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.
- 3 • Par accord conclu au sein du comité d'entreprise.
- 4 • À la suite de la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur. Lorsqu'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs de ces organisations ou ce comité.



Quelle est la durée du mandat d'un délégué syndical ?

Celle-ci dépendra de la durée du mandat des membres du CE. C'est en effet sur la base des résultats du 1^{er} tour de l'élection des titulaires de cette instance que le décompte des voix permettra de calculer la représentativité de chaque organisation syndicale. Le mandat du délégué sera donc remis en cause lors du renouvellement de l'instance.



EN CONCLUSION

L'extension du champ de la négociation à d'autres interlocuteurs que les délégués syndicaux est renforcée par la loi Travail et oblige à la plus grande vigilance.

En effet, auparavant, pour être valide, un accord signé avec des représentants du personnel non mandatés devait faire l'objet d'une approbation « a priori » par la commission paritaire de branche. Cette obligation vient d'être remplacée par une simple information de cette dernière. De ce fait, et en l'absence de consultation des salariés sur les projets, les accords signés dans de telles conditions ne sont désormais plus soumis à aucun contrôle externe.

Par ailleurs, dans les autres situations, les règles de validation posées par le législateur laissent aux directions des marges de manœuvre qui interrogent l'équilibre de la négociation.

Il nous paraît donc plus que nécessaire de présenter, dans la mesure du possible, des listes syndicales au 1^{er} tour des élections professionnelles. Cette démarche permettra de désigner, par la suite, un ou plusieurs délégués syndicaux, acteur central de la négociation, et garant d'une procédure moins déséquilibrée.

Chiffres clés

36 600 accords d'entreprise signés en 2015

Dans leur grande majorité (86%), les accords sont signés par des délégués syndicaux ou des salariés mandatés par une organisation syndicale. Seuls 14% des accords en 2015 ont été signés par des élus du personnel. Un tiers des accords signés concerne le secteur industriel, alors qu'il ne représente que 17% de l'emploi salarié. Les secteurs de la construction (4% des accords pour 8% de l'emploi) et des services (61% des accords pour 75% de l'emploi) sont à l'inverse sous-représentés dans le nombre d'accords signés par rapport à leur poids en nombre de salariés.

Source : Ministère du Travail, DARES.

Chiffres clés

40% d'établissements n'ont pas de représentants du personnel

L'absence de représentants du personnel est surtout le fait des petites entreprises (35% des établissements de 20 à 49 salariés et 63% des établissements de 11 à 19 salariés), seuls 6% des établissements de plus de 50 salariés n'ont pas d'IRP. Mais seuls 59% des établissements de plus de 50 salariés ont des élus et des délégués syndicaux.

Source : DARES.

Quels moyens pour négocier ?

Renforcer la négociation d'entreprise implique d'augmenter les moyens mis à disposition des négociateurs car si l'entreprise est érigée comme niveau central pour faire la loi sociale, la capacité des négociateurs à assumer ce rôle devient un enjeu stratégique. Néanmoins, le législateur s'est montré très parcimonieux en la matière : quelques heures de délégation supplémentaires, la possibilité pour le comité d'entreprise de financer des formations et, surtout, de nombreux vœux pour créer les conditions d'une négociation réussie. In fine, rien qui ne puisse modifier le déséquilibre fondamental entre les parties prenantes de la négociation dans l'entreprise. Ainsi, la négociation sur les moyens mêmes de la négociation devient-elle stratégique. Les représentants du personnel auront tout intérêt à définir leur stratégie en la matière, qui pourra, au besoin, s'appuyer sur les accords de méthode, dont la loi Travail renforce le rôle.

Les accords de méthode : un outil facultatif, mais potentiellement décisif

Que ce soit au niveau de l'entreprise ou de la branche, la conclusion d'accord de méthode est encouragée, bien qu'elle demeure facultative, pour permettre à la négociation de « s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties » (Loi Travail, article 16). Plus concrètement, ces accords de méthode peuvent permettre aux organisations syndicales de :

- Faire valoir leur point de vue sur le cadre de la négociation, en particulier sur son calendrier et sur les principales étapes de son déroulement.
- S'assurer de disposer d'un minimum d'informations préalables en s'appuyant notamment sur la base de données économiques et sociales.
- Négocier des moyens syndicaux supplémentaires pour la négociation, tels que des crédits d'heures de délégation ou les modalités du recours à l'expertise.

À défaut d'avoir conclu un accord de méthode, les entreprises devront respecter la méthode définie au niveau de la branche pour la négociation d'entreprise. Néanmoins, cette nouvelle obligation pour les branches n'étant assortie d'aucune sanction, il n'est pas certain que toutes adopteront de tels textes.

Outil intéressant pour renforcer les moyens de négociation des organisations syndicales, les accords de méthode ont toutefois une portée limitée. La loi précise en effet que ne pas respecter les mesures prévues dans un accord de méthode n'entraîne pas la nullité de l'accord, sous réserve que le principe de loyauté ait été respecté ou que l'accord de méthode, lui-même, ait prévu des dispositions impératives.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2222-3-1 ; L.2222-3-2.**

Avoir du temps

Disposer du temps nécessaire pour préparer la négociation, pour négocier mais aussi pour rendre compte de la négociation à ses mandants est un enjeu clé pour les organisations syndicales.

Rappelons-le, les négociateurs syndicaux ne sont pas des professionnels. Ils doivent, le plus souvent, concilier leur mandat avec leur activité professionnelle. Or, appréhender les enjeux et les thèmes de négociation, qui peuvent s'avérer très techniques, définir ses priorités, construire des alternatives demandent du temps.

La loi Travail a ainsi prévu une augmentation des crédits d'heures pour les délégués syndicaux et les sections syndicales, mais qui reste si minime qu'il est impératif pour les organisations syndicales de négocier, par exemple dans un accord de méthode, un volant spécifique d'heures de délégation pour mener la négociation, de l'amont à l'aval.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2143-13 ; L.2143-15 ; L.2143-16.**

S'informer

Les informations nécessaires à la négociation, notamment pour que les organisations syndicales puissent poser leur propre diagnostic de la situation et étayer leurs propositions, doivent être négociées en amont, en particulier dans le cadre d'un accord de méthode.

Les représentants syndicaux pourront aussi s'appuyer sur la base de données économiques et sociales.

Compte tenu de l'élargissement significatif des sujets pouvant faire l'objet d'une négociation et de la nouvelle articulation des normes, il est plus que jamais nécessaire, pour les représentants syndicaux, d'avoir une bonne connaissance des possibilités de dérogation et de se poser une série de questions pour chaque point de négociation :

- Quel est l'ordre public qui s'applique (défini par le Code du travail) ?
- Quel est l'ordre public conventionnel qui s'applique (défini par la branche professionnelle) ?
- Quel est le champ négociable dans l'entreprise ?
- Quelles seront les dispositions supplétives qui s'appliqueront s'il n'y a pas de conclusion d'accord ?

Associer les salariés

La communication envers les salariés devient plus que jamais un enjeu crucial pour les organisations syndicales :

- Informer pour rendre compte à leurs mandants.
- Informer pour être en capacité de pouvoir mobiliser.
- Informer pour construire avec les salariés la position de l'organisation syndicale dans le cadre des négociations.
- Informer pour solliciter l'avis des salariés sur le projet d'accord final.
- Informer pour préparer les salariés à un éventuel référendum.

Pour cette information, outre les outils traditionnels (tournées syndicales, assemblées générales, tracts, etc.), un nouveau vecteur de diffusion est facilité par la loi Travail qui précise les droits de diffusion syndicale sur les outils numériques de l'entreprise. À défaut d'accord d'entreprise, les organisations syndicales, légalement constituées depuis au moins 2 ans, peuvent mettre à disposition des salariés des publications et tracts, via un site syndical accessible à partir de l'Intranet de l'entreprise.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2142-6.**

Se faire aider

Les fédérations professionnelles syndicales

Elles peuvent aider à construire une stratégie commune entre les délégués syndicaux des entreprises d'un même secteur. Placer l'entreprise comme pivot de la négociation collective crée des risques importants de dumping social mais peut aussi constituer un levier de négociation. Il faut donc savoir ce qui est négocié dans les autres entreprises de son secteur et dans sa branche professionnelle. La future base de données nationale devant permettre la consultation de tous les accords signés en entreprise peut aussi s'avérer un outil utile pour ce faire

RAPPEL...

La base de données économiques et sociales (BDES)

Créée par la loi de sécurisation de l'emploi en 2013, la BDES a été progressivement renforcée par les lois Macron, Rebsamen et Travail. Elle doit être alimentée par :

- Les informations couramment communiquées au CE (obligation légale au 31 décembre 2016).
- Les informations utiles dans le cadre des informations-consultations du CE et leur suivi.
- Les informations nécessaires aux nouvelles obligations dans le cadre des négociations (et notamment GPEC et les orientations du plan de formation à 3 ans).
- Les informations pertinentes pour le CHSCT.
- Les informations pertinentes pour les organisations syndicales.

Les experts des comités d'entreprise et des CHSCT

Sauf certains cas particuliers (négociations d'un accord de Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), d'un accord de maintien dans l'emploi ou d'un accord de préservation et de développement de l'emploi), il n'y a pas de droit à l'expertise dans le cadre des négociations pour les organisations syndicales. Alors que le champ de la négociation s'est considérablement élargi, on peut s'étonner de cette lacune source d'un important déséquilibre avec les employeurs qui peuvent avoir accès à pléthore d'experts et d'avocats. Faute de mieux, les organisations syndicales pourront s'appuyer sur les travaux des experts des CE et CHSCT, selon plusieurs possibilités :

- Négocier un droit de recours à l'expertise dans un accord de méthode en amont de la négociation.
- Articuler les temps de négociation avec les 3 temps d'information-consultation prévus par la loi Rebsamen, ouvrant chacun un droit à l'expertise.
- Exploiter les expertises que le comité d'entreprise a pu commanditer dans le cadre de ses travaux.
- Utiliser les expertises réalisées dans le cadre du CHSCT (projet important, restructuration, risques graves) et susceptibles de fournir des éléments intéressants pour négocier sur des thèmes, tels que le temps de travail, les conditions de travail, la qualité de vie au travail, etc.

Chiffres clés

Deux tiers des comités d'entreprise n'ont jamais fait appel à un expert

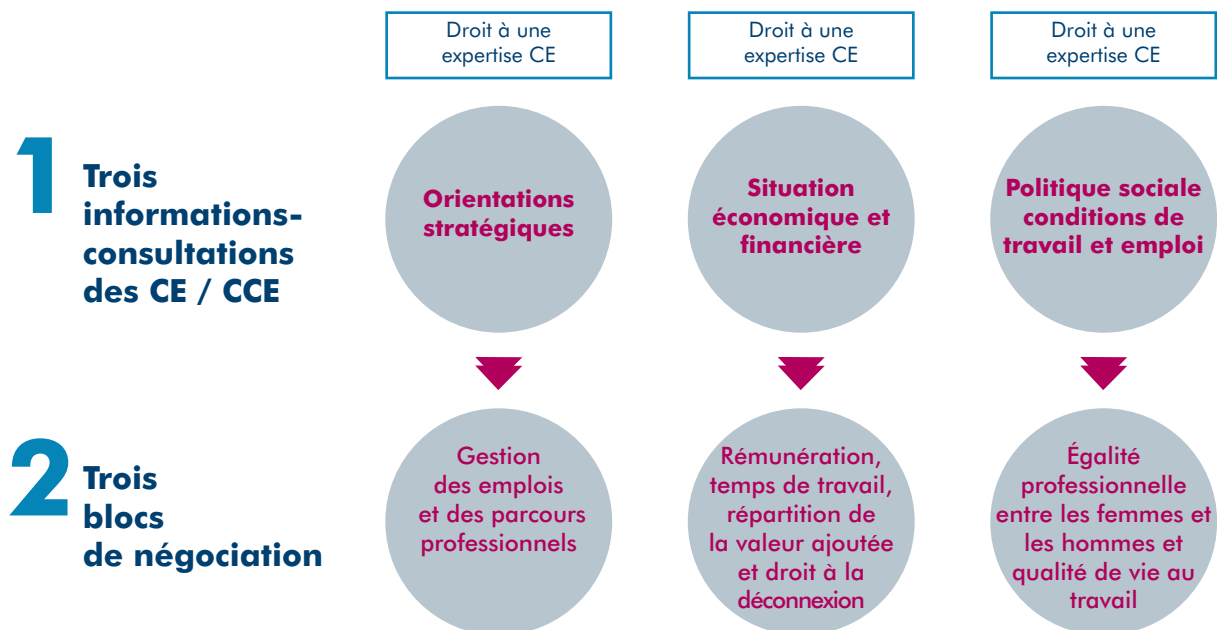
Parmi les établissements dotés d'un CE ou d'une DUP, 67% n'ont jamais eu recours à un expert. Parmi les CE/DUP syndiqués, c'est encore 54% qui n'ont jamais eu recours à un expert.

Source : DARES, Enquête Réponse, 2011.

RAPPEL...

Les 3 temps d'information-consultation du comité d'entreprise et les 3 blocs de négociation


Depuis la loi Rebsamen d'août 2015



De nouvelles obligations pour les accords collectifs

Par ailleurs, la loi impose de nouvelles obligations pour les accords collectifs, qu'ils soient conclus au niveau de l'entreprise ou de la branche, qui pourront éventuellement constituer des leviers pour la négociation. Leviers néanmoins limités car la loi ne prévoit aucune sanction en cas de manquement...

- **Calendrier de négociations** : Il doit être défini dans l'accord d'entreprise ou de branche. Il peut adapter les périodicités des négociations obligatoires (dans la limite de 3 ans pour les négociations annuelles, 5 ans pour les négociations triennales et 7 ans pour les négociations quinquennales). Cependant, une organisation signataire peut, pendant la durée de l'accord, demander que la négociation sur les salaires soit engagée sans délai.
- **Préambule** : Présentant l'objectif et le contenu de l'accord, il doit favoriser l'appropriation par les salariés.
- **Clauses de revoyure** : Les conditions de suivi et les clauses de rendez-vous doivent être définies dans l'accord pour faire régulièrement le point sur sa mise en œuvre et décider de le réviser le cas échéant.
- **Publicité** : Tous les accords seront rendus publics et versés dans une base de données nationale consultable gratuitement en ligne sur Internet. Deux limites sont prévues par la loi : les signataires peuvent décider qu'une partie du texte ne soit pas publiée sous réserve que ce soit à la demande de la majorité des organisations syndicales signataires et de l'employeur et d'en indiquer la raison ; une des organisations signataires ou l'employeur peut demander à ce que l'accord soit publié dans une version rendue anonyme (c'est-à-dire sans mention des noms et prénoms des négociateurs et signataires). Application à partir du 1^{er} septembre 2017 avec une période transitoire jusqu'au 1^{er} octobre 2018 durant laquelle les accords seront systématiquement publiés dans une version ne comportant pas les noms et prénoms des négociateurs et signataires.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2222-3 ; L.2222-3-3 ; L.2222-5-1 ; L.2231-5-1 et décret n° 2017-752 du 3 mai 2017 relatif à la publicité des accords collectifs.**



Doit-on intégrer ces nouvelles dispositions dans les accords existants ?

Non, ces nouvelles dispositions ne s'appliquent qu'aux accords conclus après la publication de la loi. Il n'est donc pas nécessaire de modifier les accords existants pour y ajouter de telles clauses.



BON À SAVOIR

Responsabilité sociale des entreprises

Le rapport sur la responsabilité sociale des entreprises, qui doit être présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires, doit faire état des accords collectifs conclus dans l'entreprise et de leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise et sur les conditions de travail des salariés.

 **Texte de référence dans le Code du commerce : L.225-102-1.**



EN CONCLUSION

Au-delà des conseils génériques pour préparer la négociation - avoir du temps, se former, s'informer, associer les salariés, se faire aider -, nous préconisons de travailler au plus tôt à une organisation structurante de la procédure de négociation et à une méthode de travail spécifique afin, notamment, de :

- 1 • Déterminer un agenda de négociation permettant d'éviter de négocier dans l'urgence ou sous la contrainte.
- 2 • Constituer un groupe de négociation cohérent susceptible d'aller au-delà des seuls délégués syndicaux.
- 3 • Hiérarchiser les thématiques de négociation.
- 4 • Permettre la fluidité des échanges entre chaque réunion.
- 5 • S'assurer des moyens permettant de garantir une négociation loyale (heures de délégation, déplacements et circulation dans l'entreprise, y compris au sein des établissements, accès à une information claire et à des documents exploitables, utilisation des outils internes de communication, modalités d'organisation de réunions avec les salariés, bénéfice d'un appui externe...).
- 6 • Fixer les modalités de consultation préalable des instances représentatives du personnel lorsque les thèmes de la négociation entrent dans le champ de compétence de ces instances.

Quelles règles pour valider les accords et les réviser ?

La refonte des règles de négociation et de validation des accords et conventions constitue l'un des piliers de la réforme. Plus que jamais, le législateur entend placer le dialogue social et la négociation collective au cœur de la construction de règles du droit du travail à la fois innovantes et atypiques. A terme, un tel dispositif risque de créer des îlots « protégés », là où certains seront en capacité de négocier à armes égales avec leurs interlocuteurs, et d'éclater, par ailleurs, la collectivité de travail par la multiplication de solutions disparates.

Les nouvelles règles de validation des accords : un mécanisme à plusieurs détenteurs

1) Accord valide à 50% des organisations syndicales (OS) signataires

La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants (voir encadré).

L'introduction du fait majoritaire met un terme aux dispositions établies en 2008, puisqu'une validation à hauteur de 30% était, depuis lors, requise.

2) Demande de référendum possible à 30% des OS signataires

Toutefois, si cette condition n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés, ces dernières disposent d'un délai de un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord.

Si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande, les éventuelles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 % et si les signataires à hauteur de 30% maintiennent leur position, cette consultation est organisée dans un délai de deux mois.

RAPPEL...

La consolidation des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales (OS) représentatives au 1^{er} tour des élections

Exemple (hypothèse) : soit 4 OS A (8%), B (15%), C (29%) et D (48%). Seules B, C et D sont représentatives au vu des résultats du 1^{er} tour des dernières élections professionnelles. Pour déterminer la capacité et le poids des seules OS représentatives, il convient de "consolider" leur représentativité sur un périmètre base 100 excluant l'OS non représentative ayant recueilli 8%, comme suit :


$B = 16,3\% (15 \times 100 / 92)$, $C = 31,5\% (29 \times 100 / 92)$, $D = 52,2\% (48 \times 100 / 92)$.

D est la seule OS en capacité de signer seule ou avec B et/ou C.



Que reste-il du droit d'opposition des organisations syndicales majoritaires ?

La validation d'un accord à hauteur de 50% exclut tout exercice du droit d'opposition. Le Code du travail conserve malgré tout des dispositions sur ce sujet. Dès lors, la question se pose de savoir si celles-ci ne pourraient pas avoir vocation à s'appliquer, soit pendant la période transitoire de mise en œuvre de la loi, soit en cas de signature d'un accord par une ou plusieurs organisations syndicales minoritaires et en l'absence de consultation des salariés.

 Textes de référence dans le Code du travail : L.2231-8 et L.2231-9.

3) Accord valide à 50% de votes des salariés

La consultation des salariés, qui peut être organisée par voie électronique, se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et les organisations signataires.

Ce protocole est porté à la connaissance des salariés par tout moyen au plus tard quinze jours avant la consultation.

En cas de désaccord sur les modalités d'organisation de la consultation fixées par le protocole, le tribunal d'instance peut être saisi dans un délai de huit jours à compter de l'information prévue ci-dessus par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement et statue en la forme des référés et en dernier ressort.

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

Le décret n°2016-1797 du 20 décembre 2016 définit les conditions dans lesquelles la consultation des salariés est organisée et précise à cet effet que :


- La consultation a lieu pendant le temps de travail ou par voie électronique.
- Le résultat du vote fait l'objet d'un procès-verbal dont la publicité est assurée dans l'entreprise par tout moyen.
- Les modalités d'organisation de la consultation sont fixées par le protocole conclu avec les organisations syndicales signataires. Elles portent sur :
 - Les modalités de transmission aux salariés du texte de l'accord.
 - Le lieu, la date et l'heure du scrutin.
 - L'organisation et le déroulement du vote.
 - Le texte de la question soumise au vote des salariés.

Ce décret ne permet cependant de savoir :

- Dans quelles conditions et limites une direction pourra communiquer auprès des salariés afin, notamment, « d'obtenir » une adhésion massive de leur part.
- Dans quelle mesure les organisations syndicales, signataires et non signataires, pourront accéder aux outils internes de communication et organiser des réunions auprès de l'ensemble des salariés concernés par le projet d'accord ou de convention.
- Dans quelles conditions la consultation des salariés sera organisée en cas de signature d'un accord au périmètre d'un groupe ou de plusieurs entreprises. En effet, la validité d'un accord conclu au sein de tout ou partie d'un groupe est en effet appréciée selon les conditions de droit commun. Les taux de 30 % et de 50 % sont appréciés à l'échelle de l'ensemble des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de cet accord selon des modalités définies par l'article L.2122-4 du Code du travail. La consultation des salariés, le cas échéant, est également effectuée dans ce périmètre.

Ce nouveau dispositif a vocation à s'appliquer :

- Dès la publication de la loi pour les nouveaux accords de préservation et de développement de l'emploi.
- À compter du 1^{er} janvier 2017 pour les accords portant sur la durée du travail, les repos et les congés.
- À partir du 1^{er} septembre 2019 pour tous les autres accords, à l'exception des accords de maintien dans l'emploi pour lesquels la règle de validation à hauteur de 50% prévaut sans dérogation possible.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2232-12, article 21 IX de la loi du 8 août 2016 et décret n°2016-1797 du 20 décembre 2016 relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords d'entreprise.**

Durée des accords et conventions : lorsque l'exception devient la règle ou comment la modification oblige à repenser la vie des dispositions collectives

La convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

Toutefois, à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, celle-ci est fixée à cinq ans. Lorsque la convention ou l'accord arrive à expiration, la convention ou l'accord cesse de produire ses effets.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2222-4.**

RAPPEL...

L'accord majoritaire, une pratique déjà en vigueur

La validation d'accords à hauteur de 50% par une ou plusieurs organisations syndicales s'est développée depuis quelques années.

- Accord déterminant le contenu du PSE (nombre de suppressions d'emploi, catégories professionnelles, pondération et périmètre d'application des critères, calendrier des licenciements...), les modalités de consultation du CE et de mise en œuvre des licenciements (loi du 13 juin 2013).
- Accord de maintien des emplois (loi du 13 juin 2013).
- Accord mettant en place dans les entreprises de 300 salariés et plus une instance commune (loi du 17 août 2015).
- Accord modifiant la périodicité des négociations annuelles obligatoires, ou adaptant le nombre de négociation dans l'entreprise, ou prévoyant un regroupement différent des thèmes de négociation (loi du 17 août 2015).



Quelle règle appliquer aux accords dont la validation était fixée à 50% avant la loi du 8 août 2016 ?

Pendant la période transitoire, et à l'issue de celle-ci (1^{er} septembre 2019), la question se pose de savoir quel dispositif s'appliquera pour la validation de ces accords. Si la règle semble établie pour les PSE (50% sans dérogation), elle reste plus incertaine pour les accords de mise en place d'une instance commune dans les structures de 300 salariés et plus et pour les accords d'adaptation des règles de négociation. En effet, dans ces deux cas, la référence faite dans le Code du travail à leurs conditions de validité (50%) a disparu depuis l'entrée en vigueur de la loi Travail.

De l'importance de déterminer la durée de l'accord

Stipulations de la convention ou de l'accord sur sa durée	Durée de la convention ou de l'accord	
	Convention ou accord conclus jusqu'à la publication de la loi	Convention ou accord conclus après la publication de la loi
Pas de stipulation	Durée indéterminée	Durée fixée à 5 ans Arrivé à expiration, le texte cesse de produire ses effets
Durée déterminée	Durée limitée à 5 ans. Arrivé à expiration, le texte continue à produire ses effets comme une convention ou un accord à durée indéterminée (sauf stipulations contraires)	Durée librement fixée Arrivé à expiration, le texte cesse de produire ses effets
Durée indéterminée	Durée indéterminée	Durée indéterminée

Chiffres clés

Près de deux tiers des accords ont une durée déterminée (64%) en 2015

Mais la proportion d'accords à durée déterminée varie fortement selon le thème de la négociation : 24% d'accords à durée déterminée sur les classifications, 47% sur le temps de travail, 60% sur les salaires, 82% sur l'emploi et 90% sur l'égalité professionnelle. La durée moyenne des accords à durée déterminée est de 23 mois.

Source : Ministère du Travail, DARES.



EN CONCLUSION

La généralisation des accords à durée déterminée oblige à convenir de certaines modalités d'ordre méthodologique :

- Exiger de la direction la transmission régulière d'informations quantitatives et qualitatives concernant la mise en œuvre du dispositif prévu dans l'accord.
- Prévoir une clause de rendez-vous régulier entre la direction et le groupe de négociation ou la commission de suivi mise en place en application de l'accord permettant de procéder à un bilan à étapes.
- Proposer des règles permettant d'anticiper l'échéance de l'accord : déterminer dans l'accord le calendrier des réunions de négociations dans la période des 6 mois qui précèdent le terme de l'accord.
- Se préoccuper des moyens dont peut disposer le groupe de négociation ou la commission de suivi pendant toute la durée d'application de l'accord et de la possibilité de bénéficier, en cas de besoin, du concours d'une instance représentative du personnel (CE ou CHSCT).

Si ce dispositif doit contraindre directions et organisations syndicales à revoir et réviser régulièrement les conventions et accords en vigueur, il nécessite par ailleurs qu'un suivi continu et régulier, permettant notamment d'anticiper le terme de l'accord, soit décidé au préalable.

Nouvelles règles de révision et de dénonciation des accords

La généralisation des accords à durée déterminée conduit à repenser les règles de révision des accords. Ainsi, sont habilitées à engager la procédure de révision d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement :

- **Jusqu'à la fin du cycle électoral** au cours duquel cette convention ou cet accord a été conclu : une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord et signataires ou adhérentes de cette convention ou de cet accord.
- **À l'issue de cette période** : une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2261-7-1.**

Les nouvelles dispositions permettent, en cas de dénonciation de l'accord, d'organiser la négociation d'un accord de substitution sans attendre la fin du préavis de 3 mois. Cela incite à débiter les négociations sans tarder.

Enfin, dès lors que sont envisagées une fusion, une cession, une scission ou toute autre modification juridique qui auraient pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord, il est désormais possible de négocier :

- **Un accord de « transition »** : cette négociation tripartite s'effectue entre les employeurs des entreprises concernées et les organisations syndicales de l'entreprise transférée. La durée de cette convention ou de cet accord ne peut excéder 3 ans. En cas d'accord, elle permet aux salariés transférés de conserver tout ou partie des dispositions de leur statut collectif.
- **Un accord « d'adaptation »** : cette négociation quadripartite s'effectue entre les employeurs et les organisations syndicales de l'ensemble des entreprises ou établissements concernées. Elle permet d'anticiper, avant réalisation de l'opération juridique, la négociation d'un accord de substitution et de procéder à l'harmonisation des différents statuts des salariés.


 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2261-10 ; L.2261-14-2 ; L.2261-14-3.**



Que reste-t-il de la notion de maintien des avantages individuels acquis en l'absence de signature d'un accord de substitution du fait de la mise en cause d'un accord suite à la modification de la situation juridique de l'entreprise ?

Celle-ci disparaît au profit du maintien de la seule rémunération antérieure dont bénéficiaient les salariés avant transfert.

En effet, les salariés des entreprises concernées conservent, en application de la convention ou de l'accord mis en cause, une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2261-13 et L.2261-14.**

De la règle à la pratique : comment négocier sur la durée du travail ?

La loi travail modifie en profondeur les règles de la négociation collective. D'une part, en élargissant le nombre d'acteurs de la négociation, d'autre part, en réformant les règles de validité des accords collectifs, enfin, et presque surtout, en modifiant la hiérarchie des normes.

Or, toutes ces nouvelles règles s'appliquent d'ores et déjà en matière de temps de travail (soit depuis le 10 août 2016, soit depuis le 1^{er} janvier 2017), pour laquelle, de fait, les plâtres seront essuyés avant que l'ensemble des thèmes du Code du travail ne prenne la même voie.

La nouvelle architecture des normes (Voir aussi le chapitre 1)

Ordre public - Négociation collective - Dispositions supplétives

- Les principes et normes fondamentaux du droit du travail, à caractère impératif qui constituent les règles d'ordre public.
- Les thèmes ouverts à la négociation collective avec un encadrement minimal.
- Les dispositions du Code du travail supplétives, c'est-à-dire qui ne s'appliquent qu'en l'absence d'accord collectif.

Ainsi, la négociation qui pourra être menée dans l'entreprise (accord d'établissement, d'entreprise, interentreprises, UES, groupe) devra-t-elle respecter les règles d'ordre public fixées par le Code du travail.

Mais, sous réserve de respect de l'ordre public, cette négociation pourra prévoir toutes les adaptations et spécificités.

La nouvelle écriture du Code du travail en matière de temps de travail prévoit, disposition par disposition, la règle d'ordre public et le champ de compétences de la négociation collective ou, à défaut, la règle supplétive qui s'applique.

Exemple sur la durée légale et les heures supplémentaires

À titre d'exemple, si la négociation porte sur les heures supplémentaires, les employeurs et organisations syndicales :

- ne pourront pas négocier sur le principe qu'une heure supplémentaire ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent.
- pourront négocier sur le ou les taux de majoration des heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale, ce taux ne pouvant être inférieur à 10 %.
- à défaut d'accord, les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée à l'article L. 3121-27 donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 %.

Chiffres clés

Les salaires et primes sont le principal thème de négociation

Répartition par thème des accords signés en entreprise en 2015 :

- 38% Salaires et primes
- 24% Temps de travail
- 19% Participation, intéressement, épargne salariale
- 12% Egalité professionnelle
- 11% Emploi
- 9% Droit syndical, IRP
- 8% Prévoyance collective, complémentaire santé, retraite supplémentaire
- 3% Conditions de travail
- 1% Formation professionnelle
- 1% Classification

Source : Ministère du Travail, DARES.

Chiffres clés

Près d'un salarié sur deux déclare effectuer des heures supplémentaires rémunérées

48% des salariés à temps complet des entreprises de 10 salariés ou plus, et dont le temps de travail est décompté en heures, ont effectué en moyenne 106 heures supplémentaires rémunérées en 2013. Le taux de majoration moyen des heures supplémentaires est de 27%.

La pratique des heures supplémentaires rémunérées concerne davantage les hommes et les ouvriers.

Elle est plus répandue dans les petites entreprises et dans les secteurs de la construction et de l'hébergement-restauration.

Source : DARES, INSEE.

Extraits du nouveau Code du travail sur les heures supplémentaires

ORDRE PUBLIC	NEGOCIATION COLLECTIVE	DISPOSITIONS SUPPLETIVES
<p>Article L.3121-27 : La durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine.</p> <p>Article L.3121-28 : Toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent.</p> <p>Article L.3121-30 : Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel. Les heures effectuées au-delà de ce contingent annuel ouvrent droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos.</p> <p>Les heures prises en compte pour le calcul du contingent annuel d'heures supplémentaires sont celles accomplies au-delà de la durée légale.</p> <p>Les heures supplémentaires ouvrant droit au repos compensateur équivalent mentionné à l'article L.3121-28 et celles accomplies dans les cas de travaux urgents énumérés à l'article L.3132-4 ne s'imputent pas sur le contingent annuel d'heures supplémentaires.</p>	<p>Article L.3121-33 :</p> <p>I.- Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche :</p> <p>1° Prévoit le ou les taux de majoration des heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale ou de la durée considérée comme équivalente. Ce taux ne peut être inférieur à 10 % ;</p> <p>2° Définit le contingent annuel prévu à l'article L.3121-30 ;</p> <p>3° Fixe l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel ainsi que la durée, les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire sous forme de repos prévue au même article L.3121-30. Cette contrepartie obligatoire ne peut être inférieure à 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel mentionné à l'article L.3121-30 pour les entreprises de vingt salariés au plus et à 100 % de ces mêmes heures pour les entreprises de plus de vingt salariés.</p> <p>Les heures supplémentaires sont accomplies, dans la limite du contingent annuel applicable dans l'entreprise, après information du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent.</p> <p>Les heures supplémentaires sont accomplies, au-delà du contingent annuel applicable dans l'entreprise, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent.</p> <p>II.- Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut également :</p> <p>1° Prévoir qu'une contrepartie sous forme de repos est accordée au titre des heures supplémentaires accomplies dans la limite du contingent ;</p> <p>2° Prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent.</p> <p>III.- Une convention ou un accord d'entreprise peut adapter les conditions et les modalités d'attribution et de prise du repos compensateur de remplacement.</p>	<p>Article L.3121-36 : A défaut d'accord, les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée à l'article L.3121-27 ou de la durée considérée comme équivalente donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 %.</p> <p>Article L.3121-37 : Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent peut être mis en place par l'employeur à condition que le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, s'ils existent, ne s'y opposent pas.</p> <p>L'employeur peut également adapter à l'entreprise les conditions et les modalités d'attribution et de prise du repos compensateur de remplacement après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent.</p> <p>Article L.3121-38 : A défaut d'accord, la contrepartie obligatoire sous forme de repos mentionnée à l'article L.3121-30 est fixée à 50 % des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel mentionné au même article L.3121-30 pour les entreprises de vingt salariés au plus et à 100 % de ces mêmes heures pour les entreprises de plus de vingt salariés.</p> <p>Article L.3121-39 : A défaut d'accord, un décret détermine le contingent annuel défini à l'article L.3121-30 ainsi que les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire sous forme de repos pour toute heure supplémentaire effectuée au-delà de ce contingent.</p> <p>Article L.3121-40 : A défaut d'accord, les modalités d'utilisation du contingent annuel d'heures supplémentaires et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent.</p>

Négociation collective : accord de branche, de groupe, interentreprises, d'entreprise, d'établissement

Voir aussi le chapitre 1

Dans le cadre même du champ de la négociation collective, plusieurs types de négociations/accords coexistent et l'articulation entre ces différents types d'accords doit être un des points de vérification/vigilance nécessaires.

En effet, dans le cadre des nouvelles dispositions légales :

- L'accord de groupe a vocation à pouvoir déroger aux dispositions de l'accord de branche, y compris dans un sens défavorable.
- L'accord de groupe peut prévaloir sur l'accord d'entreprise/établissement, même s'il est moins favorable.
- L'accord interentreprises peut prévaloir sur l'accord d'entreprise/établissement, même s'il est moins favorable.
- L'accord d'entreprise peut prévaloir sur l'accord d'établissement, même s'il est moins favorable.

Chiffres clés

Plus de la moitié des salariés déclarent travailler plus de 35h par semaine

Et un salarié sur 6 déclare travailler habituellement plus de 44h par semaine. Parmi les salariés qui font des dépassements d'horaires, quasiment un sur deux ne reçoit aucune contrepartie, que ce soit en salaire ou en repos.

Source : DARES, Enquête Conditions de travail 2013.



EN CONCLUSION

Négocier un accord sur le temps de travail dans l'entreprise implique :

- De faire un état des lieux des accords existants dans le périmètre de la négociation à entamer (champ « géographique » et thématique), afin de vérifier que sur les thèmes de négociations certains accords préexistants ne s'imposent pas.
- De vérifier, dans cette logique, les accords aux différents niveaux (groupe, UES, interentreprises, entreprise, établissement). Pour mémoire, la formule « peut se substituer aux accords [...], conclus antérieurement ou postérieurement », est potentiellement lourde de sens (ex : un accord de groupe conclu en 2016 pourrait, en le prévoyant expressément en son sein, empêcher l'application d'un accord d'entreprise portant sur le même objet et signé en 2017), car elle prévoit en un sens une possibilité de verrouillage des négociations par une norme supérieure.
- De vérifier la validité des accords (périmètres, accords à durée déterminée...) existants.
- De s'interroger sur l'intérêt ou pas de négocier un accord multi-thèmes (par exemple, un accord dont certaines mesures intéresseraient le temps de travail, avec l'application de règles spécifiques, et d'autres mesures, avec l'ancienne « hiérarchie des normes »).
- D'établir précisément, thème par thème, mesure par mesure, ce que prévoient/permettent la loi (ordre public), le champ de la négociation collective et le champ des mesures supplétives (que se passe-t-il s'il n'y a pas d'accord, la loi/la convention collective imposent-elles une disposition ou est-ce à la main de l'employeur ?...).
- D'être vigilant quant à la notion d'interentreprises, laquelle n'est pas précisément définie par la loi (accord conclu entre des entreprises sans lien juridique, mais situées dans un même lieu, avec un intérêt à signer des accords relatifs à la sécurité ou aux conditions de travail communs).

Les nouvelles règles de validité des accords

Voir aussi le chapitre 4

Les nouvelles règles en la matière sont d'application immédiate (à compter du 1^{er} janvier 2017) pour les accords relatifs à la durée du travail, les repos et les congés. En résumé, la loi Travail prévoit que tous les accords collectifs, pour être valables, doivent être signés par les organisations syndicales ayant représenté plus de 50% des votes exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives.

Sachant qu'en cas d'absence de majorité, si les organisations syndicales signataires atteignent plus de 30%, elles peuvent, dans un délai de un mois, demander l'organisation d'un référendum auprès des salariés.



EN CONCLUSION

Négocier un accord sur le temps de travail dans l'entreprise implique :

- Un décompte précis « des forces en présence » : à la fois au regard du pourcentage de représentativité et de la validation d'atteinte du seuil de 50%, mais également au regard de ce que pourrait être le résultat d'un référendum pour lequel la validité se joue à la majorité des suffrages exprimés. Attention, en effet, car le pourcentage ne se calcule pas sur l'ensemble des suffrages exprimés, mais uniquement parmi les votes en faveur d'organisations syndicales représentatives, ce qui conduit nécessairement à une facilitation de la signature d'accords.
- La conscience qu'il n'y a plus de droit d'opposition possible.
- L'importance accrue de la communication auprès des salariés au regard de la nécessité d'expliquer aux salariés les enjeux (notamment ce que l'absence d'accord signifierait au regard, par exemple, des mesures supplétives).
- La vigilance du processus référendaire (éventuelles pressions, notamment à la fermeture de l'entreprise/établissement ou suite aux licenciements...).

Durée des accords

Voir aussi le chapitre 4

Un accord (ou une convention) peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, sachant que la règle, à défaut de précision sur ce point dans l'accord, est un accord à durée déterminée de 5 ans (pour les accords conclus à partir du 10 août 2016).



EN CONCLUSION

Négocier un accord sur le temps de travail dans l'entreprise implique :

- De s'interroger sur la durée pertinente/préférable de l'accord à négocier (en fonction notamment des thèmes, du processus électoral, de l'activité et de son évolution...).
- De s'interroger sur les éléments de contexte, tels que :
 - ❖ Le thème de l'accord.
 - ❖ Les échéances électorales professionnelles à venir et la possibilité de changements de majorité.
 - ❖ La marge de manœuvre laissée à la négociation en fonction du niveau de négociation (établissement/entreprise/groupe/...), mais aussi en fonction de la/des convention(s) collective(s), applicable(s) (mise en place de l'ordre public conventionnel).
 - ❖ L'existence d'accords préexistants touchant aux thèmes de la négociation nouvelle (mêmes thèmes en partie ou ayant des incidences) et de l'incidence de ces accords sur l'accord en négociation.

Préambule, accord sur la méthodologie de la négociation d'entreprise et principe de loyauté

Voir aussi le chapitre 1

La loi Travail précise que chaque accord collectif doit dorénavant contenir un préambule présentant de façon succincte ses objectifs et son contenu.

Par ailleurs, elle prévoit et incite à la négociation préalable d'un accord de méthode pouvant prévoir, notamment, la définition d'un calendrier et des étapes de la négociation, l'identification des informations à transmettre aux négociateurs, les moyens octroyés aux délégations syndicales, en sus des moyens prévus par la loi (heures de délégation, expertise, etc.).

Chiffres clés

1 salarié sur 6 travaille de nuit

7% des salariés travaillent habituellement de nuit en 2012 et 8% des salariés travaillent occasionnellement de nuit.

Source : DARES, INSEE.



EN CONCLUSION

Négocier un accord sur le temps de travail dans l'entreprise implique :

- Une réflexion et rédaction du préambule visant à lui donner une réelle place et portée et éviter les copier-coller généraux du type : « pour préserver l'activité et l'emploi »...
- Une négociation précise de l'accord de méthode permettant de réelles garanties du processus de négociation à suivre et visant une égalité des moyens entre négociateurs salariés et direction. Des points précis en termes de moyens (heures de délégation, accompagnement d'un expert...) et d'accès à l'information sont indispensables.
- D'avoir conscience de ce que l'exigence d'un préambule ou d'un accord de méthode (comme son contenu) se fait sans moyen de force contraignant, la loi n'instaurant pas d'obligation (sauf concernant le préambule pour les accords de préservation et de développement de l'emploi).
- De s'interroger sur la portée de l'accord de méthode : s'agira-t-il d'un accord cadre applicable à toutes les négociations dans l'entreprise (et comment alors identifier les informations nécessaires par avance et de manière globale) ? Ou bien chaque ouverture de négociation en entreprise devra être précédée de la conclusion d'un accord de méthode, au risque d'entraîner une lourdeur dans la procédure ?

FOCUS SUR LA PROBLÉMATIQUE DES FORFAITS-JOURS

Le recours au forfait annuel (en heures ou en jours) reste subordonné à l'existence d'un accord d'entreprise/établissement ou, à défaut, de branche dont le contenu est étoffé par la loi Travail.

Les accords collectifs mettant en place des forfaits annuels (en heures ou en jours) doivent désormais fixer :

- La période de référence du forfait (année civile/autre période de 12 mois consécutifs).
- Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

Ces nouvelles clauses ne s'imposent pas aux accords collectifs conclus avant la publication de la loi.

Chiffres clés

47% des cadres relèvent du forfait jours

Le régime du forfait annuel en jours est largement répandu chez les cadres (47%) et peu développé chez les non-cadres (3%). En moyenne, dans les entreprises de 10 salariés ou plus, 13% des salariés relèvent du forfait jours en 2014.

Source : DARES.

Par ailleurs, les accords collectifs de forfaits en jours doivent aussi déterminer les modalités :

- Du droit à la déconnexion du salarié.
- D'évaluation et de suivi régulier, par l'employeur, de la charge de travail.
- Selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail, sur l'articulation activité professionnelle/vie personnelle, sur sa rémunération et sur l'organisation du travail dans l'entreprise.

Si l'accord collectif ne comporte pas les deux dernières dispositions, l'employeur peut conclure valablement une convention individuelle (ou sécuriser celles préexistantes), sous réserve :

- D'établir un document de contrôle listant le nombre et la date des jours travaillés (document pouvant être rempli par le salarié mais sous la responsabilité de l'employeur).
- De s'assurer que la charge de travail est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires.
- D'organiser un entretien annuel avec le salarié.

Si l'accord collectif n'aborde pas le droit à la déconnexion, il revient à l'employeur de définir ses modalités et de les communiquer par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, ces modalités doivent être conformes à la charte d'utilisation des outils numériques.

Pour les accords existants qui sont révisés pour inclure les nouvelles clauses obligatoires (listées ci-avant), l'employeur n'a pas à requérir l'accord du salarié pour poursuivre la convention individuelle de forfait.

Enfin, le salarié en forfait-jours continue de pouvoir, par avenant, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire. Cet avenant, précise désormais la loi, est valable pour l'année en cours. Il ne peut être reconduit de manière tacite.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.3121-63 et suivants.**



EN CONCLUSION

Négocier un accord comportant des dispositions relatives aux forfaits-jours, implique :

- De vérifier si une convention collective préexiste.
- De s'interroger sur le risque de ne pas négocier l'évaluation de la charge de travail, et l'articulation activité professionnelle/vie personnelle (...), dans la mesure où une convention individuelle est alors possible.
- D'avoir une vision claire de la réalité et, donc, des conséquences de la mise en œuvre de conventions de forfait (au besoin au moyen d'une expertise négociée dans le cadre de l'accord de méthode).
- Bien que la loi ait pour but de « sécuriser » le recours aux forfaits-jours, il n'est pas certain que ses dispositions suffisent à éteindre tout contentieux au regard des exigences européennes (chartes sociales européennes).




Nous vous invitons à télécharger l'outil **AlphaCode** sur notre site Internet www.secafi.com.

Cet outil vous permettra de visualiser, sur un seul fichier, la nouvelle législation relative à la durée du travail et aux congés, en distinguant clairement ce qui relève du champ de l'ordre public, du champ de la négociation collective et de celui des dispositions supplétives.

Vous pourrez l'adapter à la situation de votre entreprise en le complétant avec les dispositions de votre convention collective et de vos accords d'entreprise.

C'est l'outil indispensable si vous êtes amené(e) à négocier sur le temps de travail.

 Textes de référence dans le Code du travail : L.3121-1 et suivants ; L.3122-1 et suivants ; L.3123-1 et suivants ; L.3131-1 et suivants ; L.3133-1 et suivants ; L.3141-1 et suivants ; L.3142-1 et suivants ainsi que les 5 décrets du 18 novembre 2016 : décret n°2016-1551 portant diverses mesures relatives à la durée du travail, aux repos et aux congés ; décret n°2016-1552 relatif aux congés autres que les congés payés ; décret n°2016-1553 portant diverses mesures relatives à la durée du travail, aux repos et aux congés ; décret n°2016-1554 relatif au congé de proche aidant ; décret n°2016-1555 relatif aux congés autres que les congés payés.

Annexes

Attachés aux thèmes généraux de la négociation, nous traitons ici de deux dispositifs de la loi Travail particulièrement importants (l'accord de préservation et de développement de l'emploi, d'une part, et les nouvelles règles de licenciement économique & licenciement en cas de transfert d'entreprise, d'autre part) ainsi que du récapitulatif des mesures éparses concernant le fonctionnement des instances représentatives du personnel, disséminées au gré des dispositions de la loi.

Annexe 1

L'accord de préservation ou de développement de l'emploi (apde)

Ce nouveau type d'accord vient renforcer la possibilité par accord de mettre en place des mesures d'adaptation touchant, notamment, à la durée du travail ou à la rémunération, hors l'exigence de difficultés économiques, mais en présence de changement de conjoncture ou à la perspective d'un investissement de moyen terme. Il est essentiel, compte tenu des incidences potentielles de ce type d'accord, que les négociateurs soient extrêmement vigilants et exigeants sur l'explication des motifs (en particulier au travers du préambule), les garanties pour les salariés (garantie de non rémunération et négociation de clause de retour à meilleure fortune), les moyens de négociation et de suivi.

Objet de l'accord

L'objectif de l'accord est la préservation et le développement de l'emploi. Cet objectif doit figurer sous peine de nullité de l'accord dans le préambule.

Pour mémoire, l'étude d'impact de la loi précisait que « les acteurs de l'entreprise doivent pouvoir adapter l'organisation collective du travail aux variations d'activité, à un changement de conjoncture ou à la perspective d'un investissement de moyen terme. » Ainsi, les accords de préservation ou de développement de l'emploi peuvent être signés en l'absence de problèmes financiers ou économiques rencontrés par l'entreprise ; il n'est donc pas ici question de difficultés économiques.

On peut donc imaginer, à la lumière des accords qui se rapprochent le plus de ce nouveau mécanisme, que les « mesures d'adaptation » toucheront la durée du travail, la rémunération... La garantie prévue par le Code du travail (article L.2254-2) précise que l'accord ne peut prévoir de « diminuer la rémunération mensuelle du salarié ».

Le décret n°2016-1909 du 28 décembre 2016 précise notamment la garantie de rémunération. Il indique que l'accord doit fixer la rémunération mensuelle maintenue, dont le montant est défini comme ne pouvant « être inférieur à la moyenne sur les trois mois précédant la signature de l'accord [...] de la rémunération versée au salarié ou, si son contrat de travail est suspendu, de la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait travaillé pendant cette période à l'exclusion des indemnités perçues le cas échéant au titre de la suspension de son contrat de travail ». Cette rémunération ne prend pas en compte « les éléments de rémunération dont la périodicité de versement est supérieure au mois », sauf dans le cas où l'accord ne précise pas le montant de la rémunération maintenue.

Contenu de l'accord

Il doit contenir :

- Les modalités selon lesquelles est prise en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle ou familiale (du fait de l'application de l'accord).
- Les modalités d'information des salariés sur l'application et le suivi de l'accord pendant toute sa durée.

Il peut prévoir :

- Les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés.
- Les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise à l'issue de l'accord.

Durée de l'accord

L'accord est conclu pour une durée maximale de 5 ans en l'absence de stipulation dans celui-ci. Chaque année, un bilan de l'application de l'accord est effectué entre les signataires de l'accord.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2254-2.**

Quelles conséquences pour les salariés ?

De plein droit, les clauses de l'accord signé se substitueront aux clauses du contrat de travail ayant le même objet (dites « clauses contraires »).

Dans l'accord de maintien de l'emploi, les clauses du contrat de travail « contraires » sont suspendues.

Les salariés peuvent refuser par écrit l'application de l'accord sur leur contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur peut engager une procédure de licenciement pour « motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » et appliquer les modalités prévues pour le licenciement individuel économique et bénéficier du dispositif d'accompagnement.

Comparatif

LICENCIEMENT ECO / PSE	ACCORD MAINTIEN EMPLOI (AME)	ACCORD PRÉSERVATION DÉVELOPPEMENT EMPLOI
Motif réel et sérieux économique contrôlé par le Juge prud'hommal.	« Graves difficultés économiques conjoncturelles » <ul style="list-style-type: none">● Contrôle éventuel a posteriori par le Juge du TGI sur saisine d'une organisation syndicale représentative.	Pas de nécessité de « graves difficultés » ou de motif économique <ul style="list-style-type: none">● Pas de motif.● Pas de contrôle par un Juge ?
PSE contrôlé par la Direccte.	Si refus du salarié <ul style="list-style-type: none">● mesures d'accompagnement prévues dans l'accord.	<ul style="list-style-type: none">● Pas de mesures d'accompagnement propres à l'entreprise.● Accompagnement Pôle Emploi avec un Parcours d'accompagnement personnalisé (PAP).

Documents remis aux organisations syndicales

Pour accompagner les délégués syndicaux ou, à défaut, les représentants élus ou les salariés mandatés, le comité d'entreprise peut solliciter un expert-comptable pour leur venir en aide dans la compréhension des enjeux en cas de signature d'un accord « en vue de la préservation ou du développement de l'emploi ».

Pour négocier cet accord qui doit être signé selon la règle de majorité nouvelle (50% + référendum, le cas échéant), les OS devront recevoir « toutes les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé ».



EN CONCLUSION

Négocier un accord de préservation et de développement de l'emploi implique :

- De faire un état des lieux des accords existants dans le périmètre de la négociation à entamer (champs « géographique » et thématique), afin de vérifier que, sur les thèmes de négociations, certains accords préexistants ne rentrent pas en concurrence : accords entreprise, groupe... ; accords atypiques, accords maintien dans l'emploi...
- De négocier pied à pied, notamment, tous les points protecteurs mais facultatifs dans la loi.
- De ne pas oublier de faire désigner par le CE un expert pour accompagner les OS.

Il faut que, dans la négociation de l'accord, le préambule, qui est obligatoire, soit explicite sur sa nécessité de « devoir adapter l'organisation collective du travail aux variations d'activité, à un changement de conjoncture ou à la perspective d'un investissement de moyen terme », y compris en demandant des données quantitatives.

Dans la même logique, il faut que les OS reçoivent « toutes les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé » (sur quel diagnostic ? quelles informations ?).

Il faut que soient réellement négociées de façon précise et très opérationnelle (précisions des modalités, des supports, de la périodicité...) afin de constituer de vraies garanties :

- Les modalités selon lesquelles est prise en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle ou familiale (du fait de l'application de l'accord).
- Les modalités d'information des salariés sur l'application et le suivi de l'accord pendant toute sa durée.

Il faut, autant que faire se peut, que les dispositions « facultatives » fassent l'objet de la négociation et non pas d'une décision unilatérale de l'employeur, à savoir :

- Les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés.
- Les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise à l'issue de l'accord.

Il faut que soit réellement négociée de façon précise et très opérationnelle la disposition relative au bilan annuel de l'application de l'accord entre les signataires de l'accord.

Annexe 2

Le licenciement économique et le licenciement en cas de transfert d'entreprise

S'il n'y a pas de bouleversement en la matière, l'introduction d'indicateurs appelle une vigilance accrue et la vérification de la pertinence de ceux-ci au regard de l'activité, des choix de la direction de l'entreprise comme, le cas échéant, du groupe.

Vigilance accrue également en cas de licenciements avant cession, sur le motif économique, sur la viabilité de l'activité restante comme de l'activité cédée après transfert.

Licenciement économique

La loi Travail modifie l'article L.1233-3 du Code du travail en actualisant le texte au regard des évolutions de la jurisprudence rendue par la Cour de cassation (applicable depuis le 1^{er} décembre 2016) :

- Sont ainsi ajoutés aux motifs légaux les motifs économiques jurisprudentiels : la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ainsi que le motif de cessation d'activité.
- Est précisé le fait que l'élément matériel du licenciement pour motif économique (suppression, transformation d'emploi ou modification d'un élément essentiel du contrat de travail) s'apprécie au niveau de l'entreprise.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.1233-3.**

Article L.1233-3 du Code du travail

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

- À des difficultés économiques caractérisées, soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique, tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.
Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :
 - Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;
 - Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;
 - Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;
 - Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;
- À des mutations technologiques ;
- À une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;
- À la cessation d'activité de l'entreprise.

La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au présent article ».

Nota-Bene :

- Le maintien de l'adverbe « notamment » pourrait permettre au Juge de faire émerger de nouveaux motifs économiques.

La nouveauté notable de la loi Travail est de définir, par le biais d'indicateurs, la notion de difficultés économiques.

Alors que la jurisprudence de la Cour de cassation exigeait que les difficultés économiques ne soient pas conjoncturelles ni liées à la seule baisse d'un chiffre d'affaires moindre ou d'une baisse d'activité, les difficultés économiques peuvent dorénavant être caractérisées :

- Par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique, tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation,
- Ou par tout autre élément de nature à justifier ces difficultés.

Cet indicateur est comparé sur la même période de l'année précédente et selon une durée qui varie selon l'effectif de l'entreprise.

Licenciement économique en cas de transfert d'entreprise

Depuis 1928, le transfert d'une entité économique autonome impose de plein droit, en application de l'article L.1224-1 du Code du travail, le transfert de tous les contrats de travail des salariés au nouvel employeur (article qui a servi de modèle à la Directive Européenne de 1977).

Ainsi, jusqu'à présent, le transfert automatique des contrats de travail à un repreneur justifiait que la Cour de cassation considère un licenciement économique avant transfert, par le cédant, comme frauduleux : tout licenciement économique prononcé par le cédant à l'occasion de transfert est privé d'effet (Cass. soc. 27 juin 1995, n°94-40359 ; Cass. soc. 20 mars 2002, n°00-41651 ; Cass. soc. 18 décembre 2000, n°98-41178).

Il s'agissait donc d'une garantie d'emploi donnée aux salariés. La loi Travail supprime cette garantie sous certaines conditions.

Désormais, lorsqu'un Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) comporte une reprise de site, les règles légales régissant le transfert d'entreprise (maintien de plein droit de tous les contrats de travail avec le nouvel employeur) ne s'opposent plus à ce que le cédant procède à des licenciements avant le transfert. Le cessionnaire ne reprendra donc que les salariés « restants ».

Conditions d'application

- C'est une faculté réservée aux entreprises ou groupes d'au moins 1 000 salariés souhaitant accepter une offre de reprise dans le cadre de l'obligation de recherche d'un repreneur.
- La mesure doit être mise en œuvre dans le cadre d'un PSE qui doit comporter la cession à un tiers d'une ou plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois.
- L'opération de transfert/cession doit avoir 2 objectifs :
 - Éviter la fermeture d'un ou plusieurs établissements.
 - Sauvegarder une partie des emplois.

Procédure de consultation du comité d'entreprise

Lorsque le PSE est fixé par accord collectif, ce dernier peut définir les conditions dans lesquelles les modalités de consultations du CE qui peuvent être aménagées en cas de projet de transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.1233-61 ; L.1233-62 ; L.1233-24-2 ; L.1233-57-19.**



EN CONCLUSION

Dorénavant, négocier un accord sur les licenciements économiques (Plan de sauvegarde de l'emploi en cas de licenciements pour motif économique de plus de 10 salariés) implique :

- De demander à l'employeur des explications complètes, chiffrées et comparatives des indicateurs économiques mis en avant pour justifier les difficultés économiques.

Il sera nécessaire :

- D'essayer de comprendre en quoi ces indicateurs sont objectifs et ne relèvent pas des seules décisions et présentation de l'employeur.
- Pour ce faire, en matière de PSE, de faire appel à un expert (désigné par le CE au soutien de la négociation des OS).

Concernant les licenciements en cas de transfert d'entreprise, la nouvelle mesure est applicable à toute procédure de licenciement économique engagée après le 10 août 2016.

Annexe 3

Autres nouveautés concernant le fonctionnement des IRP...

... ce que la loi Travail change

Au-delà des mesures déjà évoquées dans les chapitres précédents (en particulier celle sur les moyens de la négociation), plusieurs éléments de la loi Travail modifient le fonctionnement des instances représentatives du personnel, notamment pour corriger certaines imprécisions des dispositions législatives antérieures, issues, entre autres, de la loi Rebsamen. En voici l'aperçu.

Décompte du crédit d'heures de délégation pour les salariés en forfait-jours

Le crédit d'heures est décompté par demi-journées pour les salariés en forfait-jours. Sauf accord contraire et dans le cas de convention individuelle, les salariés en forfait-jours porteurs de mandat de représentants du personnel peuvent regrouper leur crédit d'heures en demi-journées, une demi-journée correspondant à 4h de mandat.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2142-1-3 ; L.2143-13 ; L.2143-15 ; L.2315-1 ; L.2325-6 ; L.2326-6 ; L.2393-3 ; L.4614-3.**

Répartition entre établissements de la contribution patronale pour le financement des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise

Dans les entreprises à établissements multiples, un accord d'entreprise peut désormais répartir la contribution patronale versée pour financer les activités sociales et culturelles du CE entre les comités d'établissement au prorata des effectifs des établissements ou de leur masse salariale ou en fonction de ces deux critères. A défaut d'accord, la répartition est effectuée au prorata de la masse salariale de l'établissement.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2323-86-1.**

Recours à la visioconférence généralisé à la délégation unique du personnel

La loi du 17 août 2015 avait prévu la possibilité de recourir à la visioconférence pour réunir la plupart des institutions représentatives du personnel. Le dispositif n'avait pas été prévu pour la DUP, c'est désormais possible avec la loi Travail. De nombreuses questions relatives à la fiabilité et à la performance du matériel ou à la faisabilité de suspensions de séances en réunion plénière restent en suspens, ce qui ne tend pas vers une simplification des rapports entre élus et directions.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2326-5.**

Précisions sur la base de données économiques et sociales (BDES)

La loi Rebsamen avait prévu que les informations nécessaires aux trois consultations annuelles soient mises à disposition du CE dans la base de données économique et sociale (BDES), faisant disparaître les rapports périodiques. Il est désormais prévu, dans les entreprises de 300 salariés et plus, une obligation de mise à jour trimestrielle sur les commandes, les retards de paiement des cotisations de sécurité sociale ainsi que sur les contrats d'intérim. Le CHSCT pourra être destinataire de l'accès à la BDES, ce qui n'avait pas été prévu dans la loi précédente. La partie de la BDES sur l'égalité professionnelle devra préciser la part des femmes et des hommes dans les conseils d'administration. Enfin, le rapport de gestion sur les informations relatives à la RSE doit être mis à la disposition du CE dans le cadre de la BDES. Sera-ce suffisant ? Rien n'est moins sûr tellement la mise en œuvre de la BDES reste embryonnaire.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.2323-60 ; L.2323-9 ; L.2323-8 ; L.2323-13.**

Plus de souplesse dans le regroupement des IRP par accord

Depuis la loi Rebsamen, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, il est possible aux partenaires sociaux, par accord majoritaire, de réunir le CE, le CHSCT et les DP, ou les seuls CE et DP, CE et CHSCT, DP et CHSCT, pour créer une instance d'un genre nouveau. L'instance peut être mise en place au niveau d'un ou plusieurs établissements distincts (L.2391-2). Cette mise en œuvre était subordonnée au contenu du protocole préélectoral. Désormais, l'accord de création de l'instance peut lui-même déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

C'est une nouvelle étape dans le regroupement des instances ouvrant plus de souplesse dans la détermination du champ des instances. Comme en 2015, il nous paraît important de bien peser les impacts d'un tel regroupement et, surtout, de ne pas se précipiter.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2392-4.**

Contestation de l'expertise CHSCT : une procédure désormais encadrée

L'employeur qui conteste une expertise CHSCT doit saisir le juge judiciaire dans un délai de 15 jours à compter de la délibération du CHSCT ou de l'ICCHSCT. Le juge doit statuer en référé, en premier et dernier ressort, dans les 10 jours suivant la saisine. La saisine suspend l'exécution de la décision du CHSCT ou de l'ICCHSCT ainsi que les délais de leur consultation sur le projet en cause et ceux du comité d'entreprise si ce dernier est impliqué et ce, jusqu'à la notification du jugement.

Le principe de la prise en charge des frais d'expertise par l'employeur est maintenu. Cependant, en cas d'annulation définitive de la décision du CHSCT ou de l'ICCHSCT, les sommes perçues par l'expert sont remboursées à l'employeur. Le comité d'entreprise peut toutefois, dans ce cas de figure, décider de prendre en charge les frais d'expertise, via le budget de fonctionnement du CE, ce qui peut, en pratique, s'avérer difficile à supporter. L'employeur peut contester le coût final de l'expertise devant le juge judiciaire, dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle il en a été informé, notamment par remise de la facture. Le décret n°2016-1761 du 16 décembre 2016 relatif aux modalités selon lesquelles s'exercent les contestations relatives aux experts agréés auxquels le CHSCT peut faire appel vient préciser la procédure en indiquant, d'une part, que lesdites contestations relèvent de la compétence du président du tribunal de grande instance et que, d'autre part, le juge dispose de 10 jours pour statuer en référé, en premier et dernier ressort, sans appel possible. Le pourvoi en cassation doit être formé dans un délai de 10 jours à compter de la notification du jugement du TGI.

Le législateur a profité de la loi Travail pour apporter une réponse au problème de constitutionnalité de l'article du Code du travail encadrant la prise en charge de l'expertise CHSCT mais il l'a manifestement fait sans prendre la mesure du terrain, notamment en termes de délais de contestation.

 **Textes de référence dans le Code du travail : L.4614-13 ; L.4614-13-1 ; L.2325-41-1 ; R.4614-19.**

Missions du CHSCT – Agissements sexistes

Le CHSCT peut proposer des actions de prévention des agissements sexistes. En cas de refus, l'employeur doit le motiver.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.4612-3.**

Missions du CHSCT – Travailleurs handicapés

Enrichissement des missions du CHSCT par une mission visant à contribuer à l'adaptation et à l'aménagement des postes de travail afin de faciliter l'accès des personnes handicapées à tous les emplois et de favoriser leur maintien dans l'emploi au cours de leur vie professionnelle.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.4612-1.**

Nouveauté de la loi concernant les informations-consultations du CE

La loi Travail complète le dispositif existant à la suite de la loi Rebsamen (Cf. sur www.secafi.com Les Fiches de décryptage des lois Macron et Rebsamen) en prévoyant la possibilité de conclure un accord pour définir l'ordre et les délais dans lesquels le CCE et les CE rendent et transmettent leur avis. En bref, cela signifie qu'il est possible, par accord, de déroger à la règle d'ordre des consultations. À défaut d'accord, l'avis du CCE est rendu sur la base des avis préalables des CE, dans les délais préfixes.

 **Texte de référence dans le Code du travail : L.2327-15.**

À noter

- La même logique s'applique pour les CHSCT par rapport à l'ICCHSCT.

La loi prévoit également de nouvelles informations et consultations : consultations des DP sur le reclassement des salariés inaptes, quelle que soit l'origine de l'inaptitude (article L.1226-10 du Code du travail), et sur l'application d'accords types dans les entreprises de moins de 50 salariés (article L.2232-10) ; consultation du CE sur le dispositif expérimental afférent aux emplois saisonniers.

Chiffres Clés

54% des secrétaires de CE estiment que la participation des représentants des salariés aux décisions stratégiques de l'entreprise « fonctionne mal »

35% des CHSCT ont constaté une dégradation des conditions de travail depuis 2012

78% des secrétaires de CE voient le dialogue social comme peu productif pour la création d'emplois, les conditions de travail (51 %), le pouvoir d'achat (74 %).

(Source : Sondage « 70 ans des Comités d'Entreprise », Sondages CE, Octobre 2015)



en partenariat avec :



*Vous avez des questions ?
Vous voulez être formé(e) ?
Vous êtes confronté(e) à une situation particulière ?...*

Contactez-nous :

SECAFI

Conseil, assistance et expertise auprès des CE & CHSCT
20 rue Martin Bernard 75647 Paris cedex 13 • Tél. : 01 53 62 70 00 • contact@secafi.com

ATLANTES, cabinet d'Avocats

Formation, assistance, conseil, négociation, contentieux
21 bis rue du Champ de l'Alouette 75013 Paris • Tél. : 01 56 53 65 00 • info@atlantes.fr

Pour en savoir + ?

RDV sur nos sites sur lesquels vous pourrez trouver un décryptage plus complet des dernières lois sociales.

www.groupe-alpha.com • www.secafi.com • www.atlantes.fr

